



فصلنامه حرفه‌ای (علمی - ترویجی) فقه پویا

این فصلنامه با حمایت بنیاد علمی آموزشی قلمچی و بنیاد حامیان دانشگاه تهران منتشر می‌شود

صادرکننده مجوز: دانشگاه تهران

صاحب امتیاز: انجمن علمی دانشجویی فقه و مبانی حقوق اسلامی

مدیر مسئول: زهرا مرادی

سر دبیر: مهسا صدیقی سنگچال

مشاور علمی: محمدرسول آهنگران

کارشناس نشریات: سرکار خانم مریم شریفی دانا

صفحه آرا: سرکار خانم جاسمی

گرافیکست و طراح جلد: پیوند محمدی

شماره: ۱۱، بهار ۱۴۰۳

پل ارتباطی: Mahsa sedighi ۸۳۸ gmail.com

نشانی: قم - ابتدای جاده قدیم تهران - دانشکدگان فارابی - دانشگاه تهران -

انجمن علمی فقه و مبانی حقوق اسلامی

کد پستی: ۳۷۱۸۱۷۴۶۹ شماره تماس: ۰۲۵۳۶۱۶۶۳۴۱

استفاده از مطالب مجله با ذکر منبع مجاز است

حوزه فعالیت، اهداف، راهنمای تدوین و شرایط پذیرش مقاله

فصلنامه حاضر با رویکرد علمی تخصصی در راستای ارتباط فقه و حقوق اسلامی با نگرش به پویایی فقه امامیه به عنوان نشریه علمی انجمن دانشجویی فقه و مبانی حقوق اسلامی پردیس فارابی دانشگاه تهران منتشر می شود حوزه موضوعی مجله، فقه و حقوق با تأکید بر مباحث نوظهور است.

که پس از داوری تخصصی، تأیید مسئولین نشریه و با توجه به ساختار تعریف شده در این راهنما چاپ می شود از نویسندگان محترم تقاضا می شود در تهیه و تنظیم مقالات خود نکات زیر را رعایت کنند.

مقاله در محیط نرم افزاری Word ۲۰۱۰

اندازه کاغذ A4 :

حاشیه ها (بالا، پایین، چپ و راست): ۴ سانتی متر

فونت عنوان مقاله ۱۴ B Titr :

فونت متن: فارسی ۱۳ B Zar و انگلیسی ۱۰ Times New Roman

فونت در جدول و نمودار: فارسی ۱۰ B Zar و انگلیسی ۹ Times New Roman

تعداد صفحات نباید از ۲۴ صفحه در همین فرمت بیش تر باشد.

برای واژه ها و نام های خارجی، در حد امکان از معادل های فارسی مصطلح و مصوب استفاده کنید.

در صورت نیاز به درج زیرنویس، همه موارد فارسی به صورت راست چین با قلم BMitra و اندازه ۱۰ pt.

و زیرنویس های لاتین به صورت چپ چین با قلم Times New Roman اندازه ۹ pt. نوشته شوند.

◆ راهنمای نگارش ◇ ۳

لطفاً توجه فرمایید منابع خارجی داخل متن به فارسی نوشته شوند؛ ولی در بخش فهرست منابع به انگلیسی نوشته شوند.

در فهرست منابع، ابتدا منابع فارسی به ترتیب حروف الفبا فارسی (۱۲ B Zar) و سپس منابع انگلیسی به ترتیب حروف الفبای انگلیسی (۱۱ Times New Roman) نوشته شوند.

ضمناً منابع به صورت زیر نگارش شوند:

کتاب: نام خانوادگی، نام نویسنده (سال انتشار). عنوان کتاب، محل انتشار، نام ناشر
مقاله: نام خانوادگی، نام نویسنده (سال انتشار). عنوان مقاله. نام مجله، دوره، شماره، شماره صفحات.

اگر مقاله یا کتاب بیش از یک نویسنده داشت بین اسامی نویسندگان ویرگول (،) گذاشته شود.

نویسندگان محترم می توانند مقالات خود را در سایت نشریه:

به آدرس <http://feghhepouvasi.ut.ac.ir> بارگذاری کنند.

فهرست مطالب

.....	سخن سردبیر	۵
.....	اصول قیمت‌گذاری ابغاض مال در باب ضمان قهری و معاوضی با رویکردی بر فقه امامیه: سارا مالکی‌زاده -	
.....	علی برشان	۶
.....	بررسی آرا دیوان بین‌المللی دادگستری در تداوم توسعه حمایت بین‌المللی از منظر حقوق بشر: مارال کیوان. ۳۹	
.....	بررسی مصادیق مهدورالدم با تاکید بر مواد ۳۰۲ و ۳۰۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: مهسا صدیقی	
.....	سنگچال - سید امیرحسین میرقاسمی	۶۲
.....	تحلیل و بررسی مزایده و فروش حق سرقتی و حق کسب یا پیشه یا تجارت: رؤیا گلستان پور	۸۳
.....	سازوکار ارتباط دادستانی دیوان کیفری بین‌المللی (ICC) با کشورها در جمع‌آوری دلایل: ابوالفضل علیزاده -	
.....	محمدزینالی	۱۲۹

سخن سردبیر

هوالحق

این شماره اولین شماره از نشریه علمی - ترویجی (حرفه‌ای) فقه پویا هست که بعد از مدت‌ها پیگیری و تلاش‌های بسیار به نشریه علمی - ترویجی (حرفه‌ای) تغییر یافت. در این شماره تلاشمان بر گردآوری مقالات مرتبط در حیطه فقه و حقوق و یا حقوق بوده است. اصل و ریشه حقوق برگرفته از فقه اسلامی است. تا جایی که دانشمندان بسیاری به تحلیل و بررسی ارتباط میان این دو علم پرداخته‌اند. هر چند تفاوت‌هایی در بین‌شان دیده می‌شود. ولی نمی‌توان ارتباط فقه و حقوق را نادیده گرفت. جا دارد تقدیر و تشکر ویژه از دوستان و همکاران همراه در این مسیر داشته باشم، که در هیچ شرایطی همراهی و محبت‌شان را از نشریه دریغ نکرده‌اند؛ آرزو مندم که در آینده شاهد افتخارات بزرگ دیگری نیز در نشریه علمی - ترویجی (حرفه‌ای) فقه پویا باشیم.

مهسا صدیقی سنگچال

اصول قیمت‌گذاری ابعاض مال در باب ضمان قهری و معاوضی

با رویکردی بر فقه امامیه



سارا مالکی زاده^۱؛ علی برشان^۲

چکیده

تعیین معیارهای قیمت‌گذاری ابعاض مال مرکب در شرایط و موارد خاص همچون باب ضمان واخذ ارش، جهت حفظ حرمت اموال، مبارزه با تعدی و رفع اختلافات ضروری است. برای تحصیل این هدف مزبور با تفحص عقلی و دلایل نقلی این پژوهش صورت گرفته است. بعد از بیان مفاهیم مفردات الفاظ و معانی اصطلاحی آنها، مبانی موضوع تحت عناوین «ضمان قهری، ضمان معاوضی و جواز انقسام مال مرکب به ابعاض» مورد تحلیل قرار گرفته است. مستند ضمان قهری قواعدی همچون ضمان ید و اتلاف است که دارای آثار وضعی و احکام تکلیفی می‌باشد. احکام ضمان معاوضی بر مبنای عمومات، قواعد فقهی نظیر «ما یضمن

۱. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد رشته فقه و مبانی حقوق دانشگاه تهران Sara.malekizadeh@ut.ac.ir
۲. طلبه سطح ۴ حوزه علمیه قم، دانش‌آموخته کارشناسی ارشد رشته فقه و مبانی حقوق دانشگاه تهران ali.barshan.1999@gmail.com

اصول قیمت‌گذاری ابعاض مال در باب ضمان قهری و معاوضی با رویکردی بر فقه امامیه ◇ ۷

بصحيحه..... و ضمان يد.....» و روایات وارده، ملحق به احکام «غصب» می‌باشد. با توجه به سیره عقلاء و روایت وارده، مال مرکب قابل انقسام به اجزاء است. استیلا و تصرف غیر مجاز (عدوانی و غیر عدوانی) بر این اجزاء (ابعاض) همچون مال مستقل، ضمانت آور و دارای حرمت تکلیفیه است. در این نوشتار، ضوابط قیمت‌گذاری ابعاض مال مرکب و هیئت انضمامیه، تقسیط ثمن، نحوه قیمت‌گذاری و زمان محاسبه و پرداخت مورد تحلیل و بررسی قرار گرفته است. قاعده کلی در مسأله این است: تا زمانی که جزء مضمون یا مغضوب موجود است، ضامن یا غاصب مکلف به رد آن است. در صورت تلف اگر مثلی است، واجب است که مثل آن را هر چند افزایش قیمت پیدا کرده باشد تهیه و به مالک اعطا نماید و اگر قیمی است و یا مثلی که تبدیل به قیمت شده، باید در مثلی متعذر قیمت روز دفع را و در قیمی، اعلی القیم از روز غصب تا روز تلف را به مالک پرداخت نماید

روش تحقیق در این مقاله توصیفی - تحلیلی بوده که پس از گردآوری اطلاعات با فیش‌برداری از نکات فقهی مربوط و دسته‌بندی آنها بر اساس ساختار پژوهش به شرح نظرات فقهی پیرامون مسأله پرداخته می‌شود

واژگان کلیدی: ضوابط قیمت‌گذاری، ابعاض مال، ضمان قهری، ضمان معاوضی، فقه امامیه.

مقدمه و بیان مسأله

یکی از مباحث مهم در اقتصاد اسلامی، نحوه تعیین قیمت‌ها، بر مبنای ضوابط و قواعد خاص قیمت‌گذاری است که دارای آثار متعددی می‌باشد. علمای گرانقدر و صاحب نظران با اهتمام جدی به این مسأله، احکام لازم را با توجه به منابع فقهی استخراج نموده‌اند. فقیهان مذهب تشیع از دیر باز تاکنون به تبیین و تحلیل ابعاد مختلف موضوع ضوابط قیمت‌گذاری ابعاض مال و مسائل مربوط به آن، پرداخته و به سؤالات مستحده زمان مقارن خویش نیز پاسخ داده‌اند. (کلینی، ۱۴۰۷ق: ۷: ۴۰۲، طوسی، ۱۳۸۷ق: ۳: ۷۲، ابن حمزه، ۱۴۰۸ق: ۲۴۷، ابن ادریس، ۱۴۱۰ق: ۲: ۲۶۷ و ۳۳۵، علامه حلی، ۱۴۱۳ق: ۲: ۱۹-۲۰، شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ۳: ۱۶۲). مسائلی که باعث شده موضوع تحقیق از اهمیت ویژه‌ای برخوردار گردد، عبارتند از: الف) مبارزه با ظلم، اجحاف و حفظ حرمت اموال مردم ب) حل و فصل اختلافات، ج) تأثیر شرایط خاص مکانی، زمانی، مشارکت‌های متنوع مستحده، فروش غیر مأذون اموال، هزینه‌های تولید، تقاضای و رغبت مردمی، تلف اموال، صحیح و معیوب بودن کالاها...، د) نیاز کارشناسان دادگستری، شوراهای حل اختلاف و مراجع قضایی به ضوابط و معیارها برای نرخ‌گذاری، ه) محاسبه ارزش اموال و جنایات. و) تحولات و توسعه اقتصاد مدرن و صنعتی. در این پژوهش پاسخ به اینگونه از سؤالات ضروری است: ۱) تعیین معیارهای قیمت‌گذاری در چه شرایط و موقعیتی لازم و ضروری است؟ ۲) معیارها و ضوابط قیمت‌گذاری اجزاء مال مرکب، بر چه اصول و مبانی شکل می‌گیرند؟ ۳) در تقسیط ثمن بر ابعاض اموال مختلف الاجزاء، ارزش مالی هیئت انضمامیه چگونه است؟ ۴) معادله و محاسبه قیمت‌گذاری ابعاض و هیئت اجتماعیه به چه طریقی و در چه زمانی انجام می‌گیرد. با توجه به روایات وارده و آرای فقها در شرایط عادی و حتی در موقعیت‌های خاصی همچون احتکار و حصر کالاها، حکم اولیه آن است که حاکم شرع حق تعیین نرخ معینی را ندارد. بلکه تعیین قیمت به دست بازار و

اصول قیمت‌گذاری ابعاض مال در باب ضمان قهری و معاوضی با رویکردی بر فقه امامیه ◇ ۹

صاحبان اجناس می‌باشند. (عاملی، ۱۴۰۹ق: ۱۷: ۴۳۰، طوسی، ۱۳۸۷ق: ۲: ۱۹۵، شهیدثانی، ۱۴۱۰ق: ۳: ۲۹۹). اما در شرایط خاصی همچون ضمان، معیارها و نحوه قیمت‌گذاری مورد توجه قرار گرفته است. (مراغی، ۱۴۱۷ق، ۲: ۵۴۱) تعیین ضوابط و معیارها به معنای نرخ‌گذاری کالاها و اجناس معین نیست. بلکه به این معناست که علما با روش اجتهادی و فقاهتی بر مبنای مستندات شرعی بویژه سیره عقلانی، معیارها را مشخص و جهت قیمت‌گذاری در اختیار کارشناسان و حکومت اسلامی قرار می‌دهند. علما در مبحث ضمانات معمولاً در پنج مورد: الف) مال مستقل ب) اجزاء ج) اوصاف د) منافع ه) نمائات؛ جهت صدور احکام مورد نیاز بحث کرده‌اند در این پژوهش تعیین ضوابط قیمت‌گذاری ابعاض و هیئت ترکیبی مال مرکب، در باب ضمان قهری و معاوضی مطرح می‌شود و نظریات و آرای علمای فقه، مورد استناد و بررسی قرار گرفته و موارد اختلافی و اتفاقی بین آنها تبیین و نظر مختار بیان شده است.

۱. مفهوم‌شناسی

در این پژوهش ضوابط و قواعد فقهی قیمت‌گذاری اجزاء (ابعاض) مال مضمون در باب ضمان قهری و معاوضی مورد بررسی و تحلیل قرار گرفته است. قبل از هر چیز مفهوم‌شناسی موضوع ضروری است.

۱-۱. معنای لغوی واژه‌های جزء و ضمان

جزء در لغت به معنای بهره، بعض، قطعه و بخشی از یک چیز آمده و جمع آن اجزاء می‌باشد. قیمت تمام و مجموع آن شی بوسیله ارزش مالی اجزای آن تعیین و قیمت‌گذاری می‌گردد. مانند: اجزای خانه و یا ماشین که در قیمت‌گذاری خانه و ماشین نقش اساسی دارند.

۲-۱. تعریف اصطلاحی ضمان و جزء مال مرکب

به عقیده برخی از علمای فقه واژه ضمان معنای مصدری دارد. ضمن الشيء: اذا تعهد به، و از دخول چیزی در چیز دیگری گرفته شده است. مانند دلالت تضمینیه، به جهت دخول مدلول تضمینی در مدلول مطابقی. به جهت این که مال مضمون بر عهده و ذمه ضامن قرار می‌گیرد به ضمان نام‌گذاری شده است. در نتیجه درک و خسارت از مال ضامن نفس ضمان نیست، بلکه لازمه آن است. البته غالب در اطلاق ضمان در نصوص و فتاوی همان اراده تعهد به معنای اسم مصدری است. یعنی مضمون در ذمه ضامن و بر عهده وی است. مانند باب غصب، مقبوض به عقد فاسد، مقبوض به سوم، اتلاف مال غیر. (بحر العلوم، ۱۴۰۳ق: ۱: ۷۲-۵۷، جزائری، ۱۴۱۶ق: ۲: ۲۴۷-۳: ۲۴۸). اصل ضمان از اصولی است که ریشه در قاعده ید، اتلاف، تسبیب، تقویت و فوات دارد. اصل عقلایی است که توسط شارع مقدس ردع و نهی نشده و نسبت به جمیع امورات یک چیز از قبیل ذات آن، جزئیات، اوصاف و..... ضمانت وجود دارد. (سبزواری، ۱۴۱۳ق: ۲۱: ۳۱۸). در تعریف اصطلاحی جزء (بعض) مال مرکب (حقیقی، عرفی و یا شرعی) گفته‌اند: بخشی از مبیع است که قابلیت قیمت‌گذاری را دارد، و در ازای آن ثمن قرار می‌گیرد. در صورت کم و یا زیاد شدن آن با عملیات و ضوابط خاصی نسبت سنجی صورت می‌گیرد. تا مبلغ ثمنی که در ازای آن قرار گرفته، مشخص گردد. (بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ۳: ۳۱۵-۳۱۹، مراغی، ۱۴۱۷ق: ۲: ۵۴۰-۵۴۱). در تعیین قواعد و معیارهای قیمت‌گذاری مبیع و خسارات وارده در باب ضمانات قهری و معاوضی بویژه معاملات نظیر: بیع، شرکت، غصب و غیره، اجزاء نقش اساسی و اصولی دارند. شاید بتوان گفت خیار تبعض صفت در همین جهت تشریح گردیده است. (حکیم، ۱۴۱۵ق: ۲: ۷۴، طوسی، ۱۴۰۷ق: ۷: ۱۵۳).

اصول قیمت‌گذاری ابعاض مال در باب ضمان قهری و معاوضی با رویکردی بر فقه امامیه ◇ ۱۱

۲. مبانی تعیین معیار جهت قیمت‌گذاری ابعاض مال مرکب مضمون

در این پژوهش جهت تعیین معیارها و ملاک‌های قیمت‌گذاری ابعاض مال مرکب، بررسی سه عنوان (ضمان قهری، معاوضی و جواز انقسام مال مرکب به ابعاض) ضروری است. زیرا در معاملات که به طور طبیعی و با رضایت طرفین صورت می‌گیرد، جزء در حالات اضطراری تحت عنوان احکام ثانویه، قیمت‌گذاری به معنای خاص او وجود ندارد.

۲-۱. ضمان قهری

ضممانی است که شارع مقدس معتبرش کرده بدون این که ضامن با اختیار و اراده خویش متعهد و ملزم به چنین ضمانی شده باشد، مانند ضمان در غصب. (نائینی، ۱۳۷۳ق: ۱: ۱۳۳). این نوع ضمان از باب غرامت و خسارت است و از آن به ضمان واقعی تعبیر شده است. زیرا هر گاه مسمی (مبیع و یا ثمن) تلف گردد، وجود اعتباری آن شیء در عالم اعتبار در مثلی تحت عنوان مثل و در قیمی قیمت آن در ذمه ضامن قرار می‌گیرد. مانند ید غیر مأذونه و عدوانی که کالا (عین) در دستش تلف شده باشد. (بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ۵: ۲۶۸، جزائری، ۱۴۱۶ق: ۳: ۲۲۷) این ضمان به حکم قانون است و اسباب آن نظیر غصب و اتلاف می‌باشد. ضمانی اختیاری و قراردادی نیست. از این رو در حقوق تحت عنوان مسئولیت مدنی از آن یاد شده است. (جمعی از مؤلفان، بی‌تا: ۴۲: ۱۳۴)

مستندات: یکی از مدارک مربوط به ضمان قهری قاعده (من تلف مال الغير فلهو له ضامن) است. اگر این قاعده را اصطیادی بگیریم، مدرک آن بنا به گفته برخی از فقهای جلیل‌القدر عبارت است از: (۱) آیه اعتداء (۲) روایات (۳) سیره عقلانیه (۴) اجماع و ضرورت می‌باشد. (جمعی از مؤلفان، بی‌تا: ۴۲: ۱۳۶-۱۴۰، طوسی، ۱۳۸۷ق: ۳: ۵۹-۶۰). یکی دیگر از مستندات ضمان قهری استناد به عموم روایت علی الید ما أخذت حتی تؤدیه، می‌باشد. که در

مواردی نظیر غصب، قبض به سوم، قبض به عقد فاسد و... به آن استناد می‌نمایند. (عاملی، ۱۴۱۹ق: ۱۸: ۴۹-۵۲، احسانی، ۱۴۰۵ق: ۱: ۳۸۹، ابن ادریس، ۱۴۱۰ق: ۲: ۲۸۵).

۲-۲. ضمان معاوضی

ضمانی است که ثمن و مضمن در متن معامله ذکر شده‌اند و در باب معاوضات و معاملات به ضمان مبیع در مقابل ثمن و ضمان ثمن در مقابل مبیع را ضمان معاوضی گویند. این ضمان مقابل ضمان واقعی (گرامت و خسارت) می‌باشد. دارای معنای مصدری است و در واقع بر عهده گرفتن یا قرار دادن چیزی در عهده است. مثلاً مبیع را از بایع تحویل می‌گیرد و در مقابل عهده‌دار پرداخت ثمن به وی می‌گردد. در این معاوضه، اموال به سبب تعهد به پرداخت عوض، مبدول می‌شوند. (بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ۱۷: ۱۱۳، نائینی، ۱۳۷۳ق: ۱: ۱۰۲، جزائری، ۱۴۱۶ق: ۳: ۲۴۷-۲۴۸).. هرگاه شخصی کالایی را با اختیار برای خودش خریداری نماید، اما ثمن آن را معین نکند، معامله باطل است. اگر آن کالا در دست خریدار تلف شود، ضامن قیمت آن در روز خرید می‌باشد. (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق: ۲: ۲۸۵). احکام ضمان مقبوض به عقد فاسد و شبیه آن ملحق به احکام غصب می‌باشد. (سیستانی، ۱۴۱۷ق: ۲: ۲۵۷-۲۵۸، عاملی، ۱۴۱۹ق: ۱۴: ۷۷۹).

مستندات: یکی از مدارک این قسم از ضمان، قاعده «کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» است.

مفاد قاعده: عقود و ملحقات همان‌طوری که صحیح آنها ضمانت‌آور است فاسد آنها هم ضمانت‌آور می‌باشد. مثلاً اگر زوجه بر مبنای طلاق خلع مبلغی را به زوج بذل نمود تا وی را از علقه زوجیت آزاد نماید و زوج هم وی را طلاق خلع داد و بعداً روشن شد که به جهت عدم اجتماع شروط صحت، طلاق خلع فاسد است. شوهر، ضامن مبلغی است که زوجه به وی پرداخت نموده است. یا در صورت ابطال جعاله، هرگاه معلوم گردد که عامل مجاناً استیفای

اصول قیمت گذاری ابعاض مال در باب ضمان قهری و معاوضی با رویکردی بر فقه امامیه ◇ ۱۳

عمل نموده، جاعل اجرت مثل عامل را در انجام عمل ضمان است. (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق: ۱: ۶۷). عمده در مدرک این قاعده روایت «علی الید ما أخذت حتی تؤدیه» می باشد. زیرا ید قابض در صورت فساد عقد، ید امانی (امانت مالکیه، امانت شرعیه) نیست، بلکه ید غیر مأذونه می باشد در نتیجه ضمانت آور است، آن هم به ضمانت واقعی. البته صدر قاعده، شامل عقود و ایقاعات معاوضی است که در آن ها ضمان از نوع ضمان مسمی می باشد. (بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ۷: ۱۱۳) در رابطه با مستندات ضمان قهری و ضمان معاوضی به دو روایت دیگر اشاره می شود:

(الف) و قال النبی ﷺ: «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» یعنی هرگاه کالا فروخته شده پیش از آن که به قبض مشتری در آید، تلف شود، از مال فروشنده حساب می گردد. (احسائی، ۱۴۰۵ق: ۳: ۲۱۲، انصاری، ۱۴۱۵ق: ۶: ۲۴۵). (ب) عَنْ عُقْبَةَ بْنِ خَالِدٍ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي رَجُلٍ اشْتَرَى مَتَاعًا مِنْ رَجُلٍ وَأَوْجَبَهُ، غَيْرَ أَنَّهُ تَرَكَ الْمَتَاعَ عِنْدَهُ، وَ لَمْ يَقْبِضْهُ، قَالَ: آتَيْكَ غَدًا إِنْ شَاءَ اللَّهُ، فَسُرِقَ الْمَتَاعُ؛ مِنْ مَالٍ مَنْ يَكُونُ؟ قَالَ: «مِنْ مَالِ صَاحِبِ الْمَتَاعِ الَّذِي هُوَ فِي بَيْتِهِ...» (کلینی، ۱۴۰۷ق: ۵: ۱۷۱-۲).

مضمون حدیث: شخصی کالایی را از دیگر خریداری می کند و با او شرط می نماید که کالا در خانه اش باشد تا این که فردا بیاید و آن را قبض نماید. اگر کالا دزدیده شود ضمانتش بر عهده چه کسی است؟ امام عَلَيْهِ السَّلَامُ فرمودند: بر عهده فروشنده ای است که کالا در خانه اش می باشد. تا زمانی که آن را از خانه خارج نماید و به قبض مشتری در آورد و هرگاه آن را از خانه اش خارج نمود و به قبض مشتری در آورد، خریدار ضامن حق فروشنده است و باید ثمن را به به وی تحویل دهد. (در صورتی که تحویل نداده باشد) چون که همه فقها به ظاهر این دو حدیث را پذیرفته اند و به آن عمل کرده اند. ضعف سند، ضرری به اعتبار آن ها نمی رساند، زیرا عمل اصحاب جابر ضعف سند است. (اردبیلی، ۱۴۰۳ق: ۸: ۴۱۹).

دلالت روایات: بحکم تبادر و تصریح اکثر فقها، ظاهراً دلالت اجماع و نص بر این است که: هر گاه به سبب آفت آسمانی مبیع از بین رود، در واقع مال بایع تلف شده و باید ثمن را در صورتی که از مشتری اخذ نموده به وی مسترد نماید. ولی اگر متلفی آن را تلف نماید، مسئولیتش بر دوش متلف است. یعنی اگر بایع باشد، مشتری مختار بین فسخ و اخذ ثمن است و هم می‌تواند مبیع را از متلف، طلب نماید. یعنی اگر مثلی است، مثل آن را و اگر قیمی است، قیمت آن را طلب نماید. خواه متلف بایع باشد یا اجنبی. در صورتی که متلف مشتری باشد، تلفی که توسط وی خواه به مباشرت و خواه به تسبیب صورت می‌گیرد به منزله قبض است. زیرا به دست خویش مال خود را نابود کرده است. همان طوری که مالکی مال خودش را در دست غاصب از بین ببرد. احکام ثمن معین قبل از قبض همچون مبیع قبل از قبض می‌باشد. البته این احکام راجع به مبیع و ثمن معین است و در غیر معین حکم فرق می‌کند. (عاملی، ۱۴۱۹ق: ۳۰۹-۳۱۲، علامه حلی، ۱۴۱۴ق: ۱۰: ۱۱۴-۱۱۶). به سبب قبض، ضمان از هریک به دیگری منتقل می‌شود. قبل از قبض بایع ضامن مبیع به عوض مسمی بود (بنابر قولی که ملکیت به سبب قبض حاصل می‌شود) و بعد از قبض، مشتری ضامن مبیع است و بالعکس (یعنی این حکم در رابطه با ثمن نیز قابل اجرا است). اگر یکی از عوضین بعد از قبض تلف شود و به سبب خیار، فسخ عقد و یا به سبب اقاله، انفساخ عقد پیش آید، ضامن در عوض تلف، ملزم به رد مثل یا قیمت می‌باشد. با توجه به این دیدگاه به وسیله قبض، ضمان از مالک اصلی به مالک فعلی منتقل و مضمون از عوض جعلی (مسمی) به عوض واقعی تبدیل می‌گردد. در واقع بعد از قبض فرقی بین مقبوض به عقد صحیح و فاسد نیست. (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق: ۱: ۷۷، طوسی، ۱۳۸۷ق، ۲: ۸۶-۸۷). هر گاه بعد از قبض در زمان خیار، تلف صورت گیرد، ضمان تلف مربوط به کسی که دارای حق خیار نیست. اگر صاحب خیار بائع باشد ضمانت تلف بر عهده

اصول قیمت گذاری ابعاض مال در باب ضمان قهری و معاوضی با رویکردی بر فقه امامیه ◇ ۱۵

مشتری و اگر ذوالخیار مشتری باشد، مسئولیت تلف بر ضمان بائن می باشد. (عاملی، ۱۴۱۹ق: ۱۴: ۳۱۳-۳۱۴، اردبیلی، ۱۴۰۳ق: ۸: ۴۲۰)

۲-۳. جواز انقسام مال مرکب به ابعاض

مال مرکب حقیقی باشد یا عرفی و یا عقدی (مرکب اعتباری به حکم شارع) قابل تقسیم به ابعاض می باشد. (مراغی، ۱۴۱۷ق: ۲: ۵۴۰). مستندات انقسام مال مرکب به اجزاء: الف) سیره عقلا و متفاهم عرفی آن است، هر گاه شخص مال دیگری را به ضمیمه مال خودش بفروشد و آن دیگری معامله را تنفیذ ننماید، مشتری دارای خیار تبعض صفقه می باشد. (بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ۳: ۳۱۷، عاملی، ۱۴۱۹)

ب) روایات: (۱)... عَنْ عُمَرَ بْنِ حَنْظَلَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام فِي رَجُلٍ بَاعَ أَرْضًا عَلَى أَنْ فِيهَا عَشْرَةَ أَجْرِبَةٍ فَاشْتَرَى الْمُشْتَرَى مِنْهُ بِحُدُودِهِ وَ نَقَدَ الثَّمَنَ وَ أَوْقَعَ صَفْقَةَ الْبَيْعِ وَ افْتَرَقَا فَلَمَّا مَسَحَ الْأَرْضَ فَإِذَا هِيَ خَمْسُ أَجْرِبَةٍ قَالَ إِنْ شَاءَ اسْتَرْجِعْ.... (طوسی، ۱۴۰۷ق: ۷: ۱۵۳، عاملی ۱۴۱۹ق: ۷۷۰، بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ۳۱۷ انصاری، ۱۴۱۵ق: ۶: ۸۴-۸۵) استدلال: مفهوم روایت تقسیط ثمن بر اجزاء مبیع می باشد. یعنی کمیت مذکور در متن عقد هر چند بصورت شرط باشد ولی مشهور بر این عقیده اند که ثمن در مقابل آن قرار گرفته است. در صورت نقصان، خریدار خیار تبعض صفقه دارد نه خیار تخلف وصف. (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ۳: ۳۱۷-۳۱۸). (۲)..... كَتَبَ إِلَيْهِ رَجُلٌ كَانَ لَهُ قِطَاعٌ أَرْضِينَ فَحَضَرَهُ الْخُرُوجُ إِلَى مَكَّةَ وَ..... وَ إِنَّمَا لَهُ فِي هَذِهِ الْقَرْيَةِ قِطَاعٌ أَرْضِينَ فَهَلْ يَصْلُحُ لِلْمُشْتَرَى ذَلِكَ وَ إِنَّمَا لَهُ بَعْضُ هَذِهِ الْقَرْيَةِ وَ قَدْ أَقْرَأَهُ بِكُلِّهَا فَوَقَّعَ عليه السلام لَا يَجُوزُ بَيْعُ مَا لَيْسَ يَمْلِكُ... (کلینی، ۱۴۰۷ق: ۷: ۴۰۲، طوسی، ۱۴۰۷ق: ۷: ۱۵۰-۱۵۱، خمینی، ۱۴۲۱ق: ۲: ۵۲۶، نائینی، ۱۳۷۳ق: ۱: ۳۰۷) مفهوم حدیث: شخصی که زمین مشترکی با افراد دیگر دارد می تواند ملک مربوط به خودش را بفروشد. وحق فروش «لا یملک» را ندارد. (۳)..... كَتَبَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ الصَّفَّارُ إِلَى أَبِي مُحَمَّدٍ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ عليه السلام فِي رَجُلٍ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ بَيْتًا فِي دَارِهِ بِجَمِيعِ حُقُوقِهِ وَ فَوْقَهُ

بَيْتٌ آخَرُ هَلْ يَدْخُلُ الْبَيْتُ الْأَعْلَى فِي حُقُوقِ الْبَيْتِ الْأَسْفَلِ أَمْ لَا فَوْقَ مَا لَا يُسَلِّمُ لَهُ إِلَّا مَا اشْتَرَاهُ... (طوسی، ۱۴۰۷ ق؛ ۷: ۱۵۰) سندروایت: از آن تعبیر به «صحیح» شده است. (مجلسی دوم، ۱۴۰۶ ق؛ ۱۱: ۲۴۴)

مفهوم حدیث: یک اپارتمانی را که مرکب از چند واحد است، می‌توان به صورت طبقات جداگانه به دیگران فروخت و مالک هر طبقه حق دخالت در واحدهای دیگر را ندارد. با توجه به مفهوم این روایات شارع مقدس تقسیم و تجزیه مال مرکب را تجویز و حلال نموده‌اند.

تحلیل و تقریب استدلال: مسأله انقسام عقد واحد در یک هیئت انضمامیه به ابعاض از باب انحلال جایز است. زیرا تملیک یک جزء مقید به جزء دیگر نیست، بلکه تعاقد بر تملیک کل در واقع تعاقد بر تملیک نفس ابعاض می‌باشد. (بحرانی، ۱۴۰۵ ق؛ ۱۸: ۴۰۰، آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ ق؛ ص ۸۶، یزدی، ۱۴۲۱ ق؛ ۱: ۱۸۷). برخی بر این عقیده‌اند: این انحلال نظیر انحلال تکلیف در مرکب ارتباطی و عام استغراقی است. در نتیجه عقد بر مجموع، عقد بر نفس اجزاء است. نظیر انحلال حکم وجوب هیئت ترکیبیه به اجزای آن می‌باشد. (نائینی، ۱۳۷۳ ق؛ ۱: ۳۰۸، خوئی، بی تا؛ ۴: ۳۹۱).

نقد تحلیل مذکور: در باب تکلیف به مرکبات نظریه انحلال، نظریه‌ای بدون اساس است و انحلال صحیح نیست. خواه مطلق مرکبات و خواه عام استغراقی یا مجموعی. زیرا در مطلق مرکبات و عام مجموعی موضوع واحد و حکم واحد است و در عام استغراقی بدون نیاز به انحلال دلیل بر تعدد حکم وجود دارد. (خمینی، ۱۴۲۱ ق؛ ۲: ۵۱۶).

مناقشات: با توجه به آیه کریمه: «تجاره عن تراض» {النساء: آیه ۲۹}، قاعده تبعیت عقود از قصد، بطلان بیع غرری، وجوب وفای به عقد، معاملات و معاوضاتی که انحلال به ابعاض پیدا می‌کنند. باطل است. در نتیجه بحث خیار تخلف وصف و یا خیار تبعض صفت سالبه به انتفاع موضوع می‌گردد. (خمینی، ۱۴۲۱ ق؛ ۲: ۵۱۳، بیعد، نائینی ۱۳۷۳ ق؛ ۱: ۳۰۸، یزدی، ۱۴۲۱ ق؛ ۱: ۱۸۷، آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ ق؛ ص ۸۶).

اصول قیمت‌گذاری ابعاض مال در باب ضمان قهری و معاوضی با رویکردی بر فقه امامیه ◇ ۱۷

پاسخ: هرگاه علم تفصیلی در صحت معامله و اجزای آن معتبر باشد، تبعیض باعث جهالت در ثمن است. اما با علم اجمالی به مجموع ثمن در مقابل مثنی، این اشکال برطرف می‌گردد. نظیر اینکه بگوید: این کیسه گندم را به کیلویی دو هزار تومان می‌فروشم، گرچه ثمن به تفصیل معلوم نیست ولی به سبب علم اجمالی غرر موجود قابل رفع می‌باشد. (خویی، بی تا: ۴: ۳۹۲، یزدی، ۱۴۲۱ق: ۱۸۷: ۱). عقد انشائی و ایجاد ماهیت بیع، به سبب قصد عاقد و انشاء وی حاصل می‌گردد. نقل واقعی در «غیرمایملک» منوط به اجازه مالک، و این اجازه عقلاً مقصود بایع نیست. زیرا از افعال ارادی عاقد و موجب نمی‌باشد تا اینکه قصد به آن تعلق گیرد. مثل اینکه شخصی از جانب شریکین در یک مال مشترک یک عقد منعقد کند و سپس فراموش کند و گمان کند که کالای در دستش خاص یک نفره بوده و معامله انجام گیرد. وفای به عقد بر هر دو لازم است. خواه معتقد به انحلال باشیم یا نباشیم مسأله مورد بحث همینطور است. (خمینی، ۱۴۲۱ق: ۲: ۵۲۰-۵۲۲) تعاقد بر تملیک مجموع، در واقع تعاقد بر تملیک ابعاض به ازای مقدار ثمنی است که در مقابل آن قرار گرفته است. و این تملیک مقصود بایع بوده و رضایت متعلق به آن مقید به جزء دیگر نیست و از باب تعدد مطلوب است. همانطوری که اگر تخلف وصف یا شرط صورت می‌گرفت خیار فسخ وجود داشت در این مسأله اگر تخلف جزء صورت گیرد باعث خیار تبعض صفت می‌باشد اشکال بشود تخلف در معاملات ترکیبی از نوع تخلف داعی است. پاسخ آن است که عقد واحد است و بخشی از آن معیوب و جهت اینکه ضرری بر مشتری وارد نگردد، خیار تبعض صفت ضروری است. (خراسانی ۱۴۰۶ق: ۸۷، خمینی، ۱۴۲۱ق: ۲: ۵۱۹).

۳. ضمان ابعاض مال مرکب مضمون

با توجه به مستندات که در مباحث ضمان قهری و معاوضی از آنها یاد شد و همچنین با استناد به مطالب مذکور (انقسام مال مرکب به ابعاض). تصرف بدون اجازه مالک و شارع مقدس بر بخشی از مال هر چند از روی آگاهی و اراده نباشد، موجب حرمت تکلیفی و ضمان وضعی

است. بر مبنای مباحث گذشته تا زمانی که عین مال مضمون موجود است، غاصب یا ضامن مکلف به رد آن می‌باشد. اگر به هر سببی رد عین در قدرت ضامن نبود، در صورت مثلی باید مثل آن را پرداخت نماید. در صورتی که اعطای مثلی به هر علتی متعذر گردد و یا اینکه اصل مالی قیمتی باشد. ضامن یا غاصب مکلف به پرداخت قیمت مال مضمون می‌باشد. این قاعده عمومیت دارد و شامل ابعاض (بخش از مال) نیز می‌گردد. از این رو جهت حل مشکلات و رفع اختلافات، علمای اعلام با استناد به مستندات اجتهادی و فقهی و هم چنین سیره عقلائیه (عرف) معیارها و ضوابط قیمت‌گذاری ابعاض مال مضمون را بیان نموده‌اند.

۳-۱. تعیین معیار قیمت‌گذاری ابعاض مال مثلی مضمون

در مال مثلی مضمون، ثمن بر نفس مبیع به نسبت سهم هر کدام تقسیم می‌گردد. خواه بصورت مشاع (متحدالعین) باشد، مانند یک پیمانه (کیل) ۵۰ کیلویی و یا بصورت معین مانند دو پیمانه ۲۰ کیلویی و ۳۰ کیلویی (تکثر العین). (علامه حلی، ۱۴۱۳ق: ۲: ۱۹-۲۰، طوسی، ۱۳۸۷ق: ۲: ۱۴۵، محقق کرکی، ۱۴۱۴ق: ۴: ۷۹.

مستند حکم: در مثلی به سبب تساوی اجزای آن، قیمت اجزاء نیز متساوی است از این رو اختلافی که باعث تفاوت قیمت در سهام گردد وجود ندارد. بنابراین نیازی به اجرای قواعد قیمت‌گذاری نیست. (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۲: ۳۳۵، محقق کرکی، ۱۴۱۴ق: ۴: ۷۹، حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق: ۱۲: ۶۵۱) اشکال ۱).: تعریف دارای اطلاق است. زیرا بطور مطلق آمده است: «متساوی الاجزاء» این تعریف نیاز به قید دارد و لازم بود گفته شود: متساوی الاجزایی که در اوصاف یکسان باشند. به سبب اینکه اوصاف در افزایش و نقصان قیمت اجزاء دخالت دارد در غیر این صورت لازم می‌آید که قیمت مثلاً گندم مرغوب با نامرغوب مساوی باشد یا بهای گندم با جو یکسان باشد در صورتیکه اوصاف مختلف موجب قیمت‌های متفاوت می‌گردد. در چنین حالاتی که اوصاف متفاوت است باید به روش قیمی محاسبه نمود نه به روش مثلی.

اصول قیمت‌گذاری ابعاض مال در باب ضمان قهری و معاوضی با رویکردی بر فقه امامیه ◇ ۱۹

(نائینی، ۱۴۱۳ق: ۲: ۳۱۲). چه بسا اموال قیمی که فی الجمله اجزای آنها متساوی است مانند زمین و پیراهن و چه بسا اموال مثلی که قیمت اجزای آن فی الجمله مختلف باشد مانند اجزایی که با صفات مختلف ترکیب شده باشند. بنابراین بهتر است که مرجع مساوات عرف رایج باشد. (عاملی، ۱۴۱۹ق: ۱۲: ۶۵۲).

اشکال ۲): برخی بر این عقیده‌اند: در صورتی که در مبيع مثلی سهم هر شخصی معین باشد، حکم تعیین قیمت بر مبنای قواعد مال قیمی، اجرا می‌گردد. (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۳: ۵۲۰)

پاسخ: در مواردی که سهم هر شخصی معین و جدا باشد، نیازی به نسبت سنجی و قیمت‌گذاری نیست، بلکه قیمت سهم هر کس و مجموع ثمن آن بطور مجزا، مشخص است. پس بهتر آن است که به روش مثلی عمل نمود، نه، به حکم قیمی. (نائینی، ۱۴۱۳ق: ۲: ۳۱۲).

بر مبنای مستندات و قواعد مطرح شده، هر گاه شخصی، بخشی از مال مثلی دیگری را بدون اجازه مالک و یا شرع در استیلای و تصرف خویش قرار دهد تا زمانی که آن جزء مضمون یا مغضوب وجود دارد، باید خودش را رد نماید و اگر اعاده آن به مالکش به هر سببی متعذر گردید، مکلف به رد مثل است. اگر اعطای مثل آن ممکن نبود، ملزم به استرداد بدل می‌باشد. مثلاً ۲۰ کیلوگندم خویش را با ۳۰ کیلوگندم دیگری بدون اجازه وی مخلوط (عین مشاعی) و به فروش رسانده است. در صورت عدم تنفیذ مالک، مشتری خیار تبعیض صفقه دارد و می‌تواند به نسبت «لایملک» از ثمن پرداختی، مسترد نماید. یا مثل اینکه غاصبی، ۵۰ کیلوگرم گندم را غصب و ۲۰ کیلوگرم آن را تلف نماید. غاصب مکلف است ۳۰ کیلوگرم باقیمانده را با ۲۰ کیلوگرم مثلی به مالک اعاده نماید. اگر مثلی متعذر شد و به حد «اعواز» رسید، غاصب موظف است افزون بر ردّ ۳۰ کیلوگرم موجود، بدل (قیمت) ۲۰ کیلوگرم تلف شده را با توجه به نقد بلد در روز دفع، محاسبه و آن را به مالک پرداخت نماید. هم چنین، در صورت انضمام مال مثلی مفروض با مال خویش (ضامن) به نسبت مقدار و ثمن

مضمون، ملزم به پرداخت آن و جبران خسارت می‌باشد. البته تعیین قیمت ابعاض مال مثلی با توجه به زمان (روز دفع) و عرف صورت می‌گیرد. باید مواظب بود در صورت اختلاف صفات، منجر به ربای محرم نشود.

۳-۲. تعیین ضابطه قیمت‌گذاری ابعاض مال قیمی مضمون

جهت محاسبه قیمت ابعاض و یا جزء اموال مرکب مضمون دو فرض کلی قابل تصور است: (۱) در هر مال مرکبی که جزء تلف شده بعنوان یک مال مستقل قابل محاسبه است، و تأثیری در قیمت کل و اجزای دیگر نداشته باشد، آن را جداگانه قیمت‌گذاری می‌کنند. و در نتیجه ضامن یا غاصب با توجه به ضوابط حاکم از قبیل مثلی بودن و یا قیمی بودن مکلف به ادای آن هستند. مانند شکستن آینه ماشین یا تلف کردن چاپگر یک دستگاه کامپیوتر یا تخریب قسمتی از محصول کشاورزی یا از بین بردن ۲۰ کیلوگرم برنج از مجموع ۵۰ کیلوگرم برنج در این موارد ظاهراً هیئت ترکیبیه در افزایش یا کاهش جزء تلف شده نقشی ندارد.

ممکن است بصورت اجتماعی باشند ولی برای اجتماع آنها مدخلیتی در زیادت قیمت هر یک بطور انفرادی نباشد مانند: غصب دو عدد پیراهن، در این صورت جهت ممانعت از جمع بین ثمن و مثنی نسبت سنجی نیز به عمل می‌آید. به این صورت که مجتمعین قیمت‌گذاری می‌شوند و سپس یکی انفرادی و بین آن دو نسبت گرفته می‌شود و به همان نسبت از ثمن کسر می‌گردد. (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ۳: ۱۶۲، حکیم، ۱۴۱۵ق: ۲: ۷۵). (۲) مواردی که هیئت ترکیبیه دارای ارزش مالی است و در افزایش و یا کاهش قیمت ابعاض تأثیر می‌گذارد.

مسائل: مسأله اول) در تقسیط ثمن بر ابعاض اموال مختلف الاجزاء، ارزش مالی هیئت انضمامیه چگونه است؟

اصول قیمت گذاری ابعاض مال در باب ضمان قهری و معاوضی با رویکردی بر فقه امامیه ◇ ۲۱

مسأله دوم) معادله و محاسبه قیمت گذاری ابعاض و هیئت اجتماعی به چه طریقی انجام می گیرد. حکم اجزاء اموال مرکب مضمون در صورت انفراد از اجزاء دیگر هیئت انضمامیه، چیست؟

مسأله سوم) هیئت ترکیبیه چه نقشی در افزایش و یا کاهش قیمت ابعاض اموال مختلف الاجزاء دارد. آرای علمای عظام در پاسخ به این سؤالات مختلف است: در یک تقسیم بندی کلی در رابطه با استیلائی و تصرف غیر مجاز بر اموال مرکب مضمون دو صورت قابل تصور است:

۳-۲-۱. تصرف و استیلائی عدوانی

استیلائی عدوانی بر ابعاض مال مرکب، به دو صورت قابل تصور است: ۱. غاصب مجموع مال مرکب را غصب نموده و جزئی از آن در دستش تلف گردیده است. ۲. غاصب بخشی از مال را غصب نموده است. در فرض اول، غاصب مکلف است باقی را همراه با نقصان قیمتی که از جهت زوال و انفکاک هیئت اجتماعی بر آن وارد شده و هم چنین قیمت جزء تلف شده را در حالت انضمام به مالک رد و پرداخت نماید.

طریقه قیمت گذاری: شخصی با تصرف عدوانی دو لنگه درب اتاقی را غصب نموده و یکی از آنها در دستش تلف گردیده است. قیمت هر دو در حالت اجتماع ۱۰۰۰ تومان بوده اما در حالت انفراد هر کدام ۳۰۰ تومان قیمت گذاری شده است. غاصب ضامن قیمت تلف شده به مبلغ ۵۰۰ تومان می باشد. ($۱۰۰۰ \div ۲ = ۵۰۰$) قیمت جزء تلف شده در حال انضمام، (ارزش نقصان $۲۰۰ = ۳۰۰ - ۵۰۰$) در نتیجه افزون بر رد جزء باقیمانده باید مبلغ ($۷۰۰ = ۲۰۰ + ۵۰۰$) هفتصد تومان دیگر به مالک پرداخت نماید. (مراغی، ۱۴۱۷ق: ۲: ۵۴۲، طوسی، ۱۳۸۷ق: ۳: ۷۲ سبزواری، ۱۴۱۳ق: ۲۱: ۳۳۸، شهید ثانی ۱۴۱۰ق: ۷: ۵۰، خمینی، بی تا: ۲: ۱۸۵، اصفهانی، ۱۴۲۲ق: ص ۶۴۷، سیستانی، ۱۴۱۷ق: ۲: ۲۶۸).

مستند فرض اول: ظاهراً خلافی در این حکم نیست. مستندات حکم مذکور عبارتند از: قاعده ید، اجماع و عموماً ادله ضمان و هم چنین عرف و سیره عقلائیه. (سبزواری، ۱۴۱۳ق: ۲۱، ۳۳۸).

فرض دوم: اگر غاصب یک فرد را (بخشی از مال) غصب نماید و در دستش تلف شود، ضامن قیمت آن در حالت اجتماع (مستقیماً) می‌باشد. اما در رابطه به اینکه ضامن ارش نقصان دیگری هست یا نه، دو قول مطرح است. (محقق حلی؛ ۱۴۰۸ق: ۳: ۱۹۱).

قول اول: اصل برائت حکم می‌کند که ضامن ارش نقصان دیگری نباشد. قیاس این مورد با صورت اول مع الفارق است زیرا در فرض اول هر دو جزء در استیلا و تصرف غاصب بوده است. (سبزواری، ۱۴۱۳ق: ۲۱: ۳۳۹).

قول دوم: تفرق وجدایی نوعی جنایت است که سبب غاصب می‌باشد، با توجه به قاعده تسبیب و حکم عرف این نقصان از ناحیه غاصب بوده در نتیجه بدهکار آن می‌باشد. (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق: ۷: ۵۱، سبزواری ۱۴۱۳ق: ۲۱: ۳۳۸، طوسی، ۱۳۸۷ق: ۳: ۷۲).

۳-۲-۲. استیلا و تصرف غیر عدوانی

با توجه به روایات وارده (صحیح‌ه صفار و دیگر روایات که در مباحث قبلی به آنها اشاره گردید)، اجماع، شهرت، عرف و سیره عقلانی، در اموال مضمون مختلف الاجزاء (قیمی) در ازای بعض (جزء مبیع) ثمن قرار می‌گیرد. از این رو توزیع و تقسیط ثمن مبیع بر ابعاض مورد اتفاق همه علما می‌باشد. (طوسی، ۱۴۰۷ق: ۷: ۱۵۳، بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ۳: ۳۱۶-۳۱۹، حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق: ۱۴: ۷۶۷، انصاری ۱۴۱۵ق: ۶: ۸۴). هر شرطی یا وصفی که بعضی از مبیع شمرده شود، به سبب صورت نوعیه حقیقیه یا عرفیه ارزش مالی دارد و ثمن در مقابل آن تقسیط و توزیع می‌گردد. تخلف از چنین شرطی موجب خیار تبعض صفت است نه خیاط تخلف وصف. (بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ۳: ۳۱۶-۳۱۸، خویی، بی تا: ۴: ۳۹۵، حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق: ۱۴: ۷۶۸).

اصول قیمت گذاری ابعاض مال در باب ضمان قهری و معاوضی با رویکردی بر فقه امامیه ◇ ۲۳

اشکال: ۱) فائت موجود نیست تا قیمت گذاری شود، مثلی هم نیست. پس راه به شناخت قسط فائت نسبت به ثمن مسمی وجود ندارد. ممکن است به حسب مقدار ربع مجموع باشد، اما به حسب قیمت مساوی کمیت موجود باشد. (طوسی، ۱۳۸۷ق: ۲: ۱۵۵).

اشکال: ۲) تمامی ثمن در مقابل عین موجود خارجی است، کمیت و مقدار از اوصاف است، عیب محسوب نمی گردد. زیرا از مجرای طبیعی خارج نشده است. بله، می توان آن را در ردیف صفت کمال شمرد. هر گاه صفت کمال مفقود گردد. خیار تخلف وصف وجود دارد نه خیار تبعض صفقه تا اینکه تقسیط ثمن لازم آید. (فخر المحققین، ۱۳۸۷ق: ص ۵۱۵-۵۱۶، حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق: ۱۴: ۷۶۶).

پاسخ: مبنای اختلاف در خیار تخلف وصف یا خیار تبعض صفقه این است که متخلف جزء مبیع است یا وصفی از اوصاف مبیع؟ (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۴: ۲۴۲-۲۴۳). شروطی که وصف مبیع هستند و یا اینکه بیانگر نوعی تعهد و التزام از ناحیه مشتری است ثمن در ازای آن قرار نمی گیرد. اما اگر جزء مبیع باشد و عنوان صورت نوعیه داشته باشد ثمن در مقابل آن قرار می گیرد. زیرا کمیت نوعیه، وصف عرضی است و در واقع جزء مبیع است که مشهور برای آن ارزش مالی قائل هستند. (بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ۳: ۳۱۳-۳۱۶). ۲- کبرای کلی: «أن کل شرط لایوزیع علیه الثمن» ممنوع و مردود است. زیر شرط موجود، شرطی مسلم است که عرف در مقابل آن تقسیط ثمن را جایز می داند. و شرط جزئی از مبیع است. اکثریت فقیهان، در زمانی که نقص در مختلف الاجزاء باشد. با امضای مستحق توزیع ثمن را پذیرفته اند. (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۶: ۸۴). به چه دلیل در مبیع مختلف الاجزاء، باید تقسیط ثمن صورت گیرد:

۱. احتمال تفاوت بین اجزاء و ابعاض وجود دارد. در نتیجه قیمت مختلف می گردد. همچون متساوی الاجزاء نیست که قیمت اجزاء مساوی باشد ۲. اگر هر کدام جداگانه قیمت بشود و از مجموع آن کسر گردد، هر لحظه ممکن است جمع ثمن و مثن پیش آید و یا اینکه قیمت منفرد از قیمت مجموع بیشتر باشد در نتیجه مشتری یا بایع مشغول الذمه دیگری قرار گیرد. (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق: ۱۲: ۶۴۴-۶۴۶، بحرانی، ۱۴۰۵ق: ۱۸: ۴۰۱).

۴. تقسیط ثمن بر ابعاض و هیئت ترکیبیه مال قیمی مضمون

در مواردی نظیر معامله فضولی، تلف بخشی از مبیع قبل از قبض، فسخ جزئی از معامله به سبب حق خیار یا تلف بخشی از مال در دست ضامن، تقسیط ثمن بر ابعاض لازم و ضروری است. اوصاف و شرایط و همچنین هیئت اجتماعی هر چند در پاره‌ای از موارد در افزایش و یا کاهش قیمت مبیع مرکب ممکن است مؤثر باشد. اما در رابطه با ارزش مالی آنها اختلاف نظر است نسبت سنجی حتی در جایی که هیئت اجتماعی نقشی در افزایش و کاهش قیمت اجزاء نداشته باشد، ضروری است. (مانند فروش دو عدد پیراهن یا دو تخته قالی در یک معامله) زیرا اگر یکی مستقلاً قیمت‌گذاری و «ما به التفاوت» آن از مجموع اخذ شود و در ازای بعضی قرار گیرد، چه بسا جمع ثمن و مضمن لازم آید. (بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۸: ۴۰۱). برای اینکه چنین محذوریتی پیش نیاید. مجموعاً قیمت‌گذاری می‌شوند و سپس یکی منفرداً قیمت می‌شود و نسبت بین آن دو (قیمت جزء / قیمت مجموع) اخذ و به همان نسبت از ثمن محاسبه می‌گردد. (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳: ۱۶۲، حکیم، ۱۴۱۵: ۲: ۷۴، مراغی، ۱۴۱۷: ۲: ۵۴۱-۵۴۲).

۴-۱. نحوه قیمت‌گذاری ابعاض و هیئت اجتماعی مال مضمون

مثال، فروشنده‌ای بدون اجازه مالک، یک شرح کامل دو جلدی کتاب مکاسب وی را به ۸۰ تومان فروخته است. این شرح مجزا و منفرد، در بازار به فروش نمی‌رسد بلکه بصورت مجلدات، آن را می‌فروشند. بعد از اینکه مالک اطلاع پیدا می‌کند. یک جلد آن در دست مشتری تلف شده است. نحوه قیمت‌گذاری چگونه است؟ قیمت جزء تلف شده چگونه محاسبه می‌شود؟ یا اینکه اگر بائع مال غیر را بدون اذن مالک با مال خودش بفروشد و مالک اجازه ندهد، مقدار ثمن مسترد به خریدار در مقابل کالای «لا یملک» چگونه محاسبه می‌گردد؟

اصول قیمت گذاری ابعاض مال در باب ضمان قهری و معاوضی با رویکردی بر فقه امامیه ◇ ۲۵

با تفحص حاصل شده، نظریات علمای فقه در نحوه تقسیط ثمن بر ابعاض و هیئت ترکیبیه مال قیمی مختلف است. در این باب با توجه به آراء مختلف، چهار ضابطه در کتب فقهی وجود دارد.

۱. مجموعاً قیمت گذاری می شوند و سپس یکی را منفرداً قیمت می کنند و نسبت یکی به قیمت مجموع سنجیده می شود و به همان نسبت از ثمن اخذ می گردد و یا قیمت کالای تلف شده محاسبه می گردد. (شهید اول، ۱۴۱۰ق:ص ۱۰۵، محقق حلی، ۱۴۰۸ق:۲: ۹، علامه حلی، ۱۴۱۳ق:۲: ۱۹). به دلیل اینکه اگر هر جزئی مستقلاً قیمت گذاری شود ممکن است، برابر ثمن باشد و یا بیشتر از آن. و در نتیجه برای اینکه جمع بین ثمن و مثنی پیش نیاید نسبت سنجی ضرورت دارد. (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق:، ۶۴۴:۱۲-۶۴۶، محقق کرکی، ۱۴۱۴ق: ۴: ۷۸).

اشکال: این ضابطه اطلاق دارد و در جایی مفید است که هیئت اجتماعی در افزایش و یا کاهش قیمت مؤثر نباشد. اگر هیئت اجتماعی در افزایش قیمت مؤثر باشد، اجرای این قاعده ثمر بخش نیست. زیرا باعث ایجاد نوعی تبعیض بین فروشنده و خریدار می گردد. گاهی اوقات هیئت اجتماعی موجب نقصان قیمت می شود. و در نتیجه رغبت مشتری در خرید کاهش می یابد. و در پاره‌ای اوقات ممکن است، قیمت فرد بیشتر از مجموع باشد و در نتیجه جمع ثمن و مثنی پیش آید. (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۳: ۵۱۶-۵۱۸، محقق کرکی، ۱۴۱۴ق: ۴: ۷۸، یزدی، ۱۴۲۱ق: ۱: ۱۸۹).

۲. هر جزئی مستقلاً و مجزاً قیمت گذاری می شود سپس با هم جمع می گردند آنگاه بین یک جزء و مجموع قیمتین نسبت گرفته می شود و به همان نسبت از اصل ثمن جهت استرداد به مشتری یا قرار دادن در مقابل جزء تلف شده اخذ می شود. (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۳: ۵۱۶-۵۱۸ ابن ادریس، ۱۴۱ق: ۱: ۳۶۰) زیرا در باب معاوضات اوصاف مورد ضمانت نیستند. هر چند ممکن است این اوصاف (هیئت انضمامیه) در افزایش و یا نقصان قیمت تا ثیر گذار باشند. البته در باب غصب ضمانت آور می باشند. در نتیجه ثمن در مقابل آنها قرار نمی گیرد. نهایتاً با اشتراط صفت، حق خیار ثابت می گردد. (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۳: ۵۱۹، یزدی، ۱۴۲۱ق: ۱: ۱۸۹).

اشکال: این ضابطه در صورتی قابل اجرا است که نقش هیئت اجتماعی در افزایش و یا کاهش قیمت اجزاء بطور مساوی باشد. زیرا در صورت اختلاف ممکن است، یکی با انضمام، افزایش قیمت داشته باشد و دیگری به سبب انضمام، کاهش قیمت داشته باشد. (یزدی، ۱۴۲۱ق: ۱: ۱۸۹، خویی، بی تا: ۴: ۳۹۹).

۳- هر جزئی با توجه به حالت انضمام قیمت‌گذاری می‌شود نه در حالت انفراد. سپس دو قیمت را با هم جمع می‌کنند، نگاه نسبت بین هر جزء با مجموع قیمتین محاسبه می‌گردد و به همان نسبت از اصل ثمن اخذ و در مقابل جزء فائت قرار می‌دهند و یا اینکه به مشتری مسترد می‌نمایند. (یزدی، ۱۴۲۱ق: ۱: ۱۸۹-۱۹۰ خویی، بی تا: ۴: ۴۰۰). زیرا، ضابطه اول در جایی کارگشا است که هیئت ترکیبیه در افزایش و یا کاهش قیمت اجزاء دخالتی نداشته باشد. و قاعده دوم در موردی است که اثر هیئت انضمامیه در افزایش و یا نقصان بطور مساوی باشد. (همان ۱۴۲۱ق، همان، بی تا.).

۴. قیمت‌گذاری به شیوه قیمت مجموع

(ضابطه اول) در صورتی معتبر است که برای اجتماع اجزا مدخلیتی در زیادی قیمت هر جزء بطور انفراد وجود نداشته باشد. مانند فروش دو عدد پیراهن در یک معامله. اما در موردی که هیئت ترکیبیه در افزایش و یا کاهش تأثیرگذار باشد مانند، فروش درب منزل یا مجلداتی از شرح یک کتاب، دو صورت قابل تصور است. الف- اگر هر جزئی متعلق به مالکی خاص باشد، به طریقه دوم (مجموع قیمتین) عمل می‌شود. زیرا هر مالکی بطور منفرد، مستحق سهم خود می‌باشد، و نسبت به هیئت اجتماعی استحقاقی ندارد. ب- هر دو متعلق به یک مالک است و پس از معامله فضولی یک جزء را اجازه ندهد.. در این فرض بین اینکه به روش اول عمل شود و یا اینکه به طریقه دوم شک و تردید وجود دارد. (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ۳: ۱۶۲، محقق کرکی،

اصول قیمت گذاری ابعاض مال در باب ضمان قهری و معاوضی با رویکردی بر فقه امامیه ◇ ۲۷

۱۴۱۴ق: ۴: ۷۸). بنظر می آید ضابطه سوم نسبت به ضوابط دیگر دقیق تر باشد. و اشکالات آنها را نداشته باشد.

۵. زمان محاسبه قیمت ابعاض و هیئت اجتماعی مال مضمون

جهت قیمت گذاری ابعاض و هیئت اجتماعی، زمان و همچنین مثلی و قیمی بودن مال نقش بسیار مهمی دارند... از این دو واژه (مثلی و قیمی) در شرع مقدس اسلام تعریفی نشده و از لحاظ تحدید و تعریف دارای حقیقت شرعیه نیستند. بلکه تعریف و تعیین حدود و مرز مثلی بودن یا قیمی بودن بر عهده عرف می باشد. (مکارم، ۱۴۱۱ق: ۲، ۲۴۳، خمینی، ۱۴۲۱ق: ۱، ۴۸۷، مراغی، ۱۴۱۷ق: ۲: ۵۲۷). تعاریفی از مثلی و قیمی در فقه اسلامی صورت گرفته و به هر تعریفی اشکالاتی از ناحیه علمای فقه، وارده گردیده و به آن پاسخ داده اند. (عاملی، ۱۴۱۹ق: ۱۸: ۱۳۸، خویی، بی تا: ۳: ۱۵۱) جهت اختصار به دو تعریف اشاره می شود. در تعریف اصطلاحی مثلی آمده است: «المتساوی الاجزاء والمنفعه المتقارب الصفات» از حیث اوصافی که باعث اختلاف قیمت می گردد، مماثل و نزدیک هستند. و اجزاء در قیمت و منفعت متساوی می باشند. جهات کلیه ای همچون جنس، نوع، صنف در این تعریف قابل توجه و اهمیت است. اما مناط در مالیت قیمی جهات و اوصاف شخصیه خارجی می باشد. (شهید ثانی ۱۴۱۰ق: ۷: ۳۶، شهید اول، ۱۴۱۷ق: ۳: ۱۱۳، میرزای قمی، ۱۴۱۳ق: ۲: ۳۰۰). مشهور بر این عقیده اند: «و هو ما تتساوی قیمه اجزائه». مثلی آن است که اجزای آن متساوی است، به این معنا که قیمت اجزای آن مساوی باشد. مراد آن است که در حقیقت نوعیه متساوی الاجزاء باشد. مانند حبوبات، روغن ها و... در حالی که قیمی این طور نیست. (شهید اول، ۱۴۱۴ق: ۲: ۳۹۸، طوسی، ۱۳۸۷ق: ۳: ۵۹-۶۰) اشکال: جنس واحد مرغوب و نامرغوب دارد، بنابراین ممکن است، متساوی الاجزاء باشند، ولی در اجزای متساوی القیمه نباشند. پاسخ: در عرف هر چیزی مثلی خاص خودش را دارد و در همان صنف مرغوب در مقابل مرغوب و نامرغوب در

مقابل نامرغوب قرار می‌گیرد. (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۰: ۵۲۶، عاملی، ۱۴۱۹: ۱۸: ۱۳۹) به نظر می‌آید، تعریفی که می‌گوید: در اجزا و منفعت متساوی و از نظر اوصاف مماثل و نزدیک به هم هستند، تعریف مناسبی باشد.

۱-۵. معیار قیمت‌گذاری در مال مثلی

زمانی که مثلی موجود است هرچند قیمت آن از ثمن مثل بیشتر باشد تا زمانی که منجر به عسر و حرج نگردد باید آن را خریداری و تحویل مالک دهد. (خمینی، بی‌تا: ۲: ۱۸۱، شهید اول، ۱۴۱۷: ۱۱۳: ۳) مستند: عمومیت نص و فتوا و همچنین اطلاق وجوب مثل شامل این مورد نیز می‌شود. (انصاری، ۱۴۱۵: ۳: ۲۲۳، سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۱: ۳۲۶). هرگاه مثلی یافت شود اما قیمت آن در روز پرداخت از قیمت روز غصب کمتر باشد مالک حق ندارد مابه تفاوت را مطالبه نماید. تقصیر یا قصور اعطای مثل از ناحیه غاصب در این زمینه نقشی ندارد. (خمینی، بی‌تا: ۲: ۱۸۱، سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۱: ۳۲۶). مستندات: (۱) سیره عقلائییه و ارتکاز ذهنی عقلا این است که فراغت ذمه در مثلی جز به ادای مثلی حاصل نمی‌گردد. همانطوریکه در ادای قیمی جز به قیمی مگر به رضایت مالک. (خوئی، بی‌تا: ۳: ۱۵). (۲) ادای مثل اطلاق دارد و اصل هم برائت از زائد است. هر ادای شرعی را شخص باید اخذ کند و امتناع از آن اجماعاً صحیح نیست. (سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۱: ۳۲۶) سوال: حکم مسأله در صورتی که مثلی از مالیت ساقط گردد چیست؟ مثلاً آبی را در بیابان از او گرفته و تلف شده آیا می‌تواند مثل آن را در کنار رودخانه به وی تحویل دهد؟ اقوال مختلف است: الف) برخی بر این عقیده‌اند که اگر مالک راضی نباشد همچنان مشغول الذمه است. ب) عده‌ای می‌فرمایند قیمت روز غصب معتبر است. ج) بعضی معتقد به مصالحه هستند. (عاملی، ۱۴۱۷: ۳: ۱۱۳، خمینی، بی‌تا: ۲: ۱۸۱-۱۸۲). ضرر سوقیه (افزایش قیمت مثل از ثمن مثل) مشمول قاعده لاضرر نیست، ضامن و یا غاصب مکلف به تهیه آن و پرداختش به مالک هستند. هرچند

اصول قیمت گذاری ابعاض مال در باب ضمان قهری و معاوضی با رویکردی بر فقه امامیه ◇ ۲۹

متحمل ضرر گردند... زیرا چنین ضرری از مقتضیات طبع حکم است (طبیعت حکم اقتضای ضرر را دارد). به علت این که کالای اندک هرگاه با اقبال و تقاضای عمومی متقارب گردد، قهرا قیمت آن در بازار افزایش می یابد هرچند این افزایش به سبب کمبود آن کالا باشد. مانند، وجوب تهیه آب برای وضو در فصل تابستان هرچند به سبب کمبود آب، قیمت آن افزایش یابد. این ضرر از مقتضیات طبع حکم است. اما اگر افزایش قیمت به سبب حصر آب، در دست عده ای خاص باشد، مشمول قاعده لا ضرر است و تهیه آن واجب نیست. همینطور اگر افزایش ثمن مثل از باب احتکار و انحصار باشد، مشمول قاعده لا ضرر خواهد بود. زیرا طبع مسأله اقتضای چنین ضرری را ندارد بلکه این ضرر دارای جهت خارجی است در نتیجه در چنین حالاتی ضامن یا غاصب ملزم به تهیه آن به چند برابر قیمت نیست. (بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ۴: ۷۲).

مسأله: آیا غاصبی که از روی ظلم و عدوان بر مال مردم استیلا یافته مستحق تحمل ضرر نیست؟ آیا این ضرر با ضرری که بر مالک وارد شده تعارض پیدا نمی کند؟ چرا باید در پاره ای از موارد اصل را بر براءت گرفته و وی را مشمول قاعده لا ضرر قرار دهیم؟ چرا اگر قیمت مثل در روز پرداخت از قیمت روز قبل کمتر باشد یا کالا منحصر در دست افراد خاصی باشد، مالک حق نداشته باشد که مابه التفاوت را بگیرد؟ آیا نمی شود اطلاق حکم را با دلیل لبی و احکام ثانوی به وسیله قاعده لا ضرر و حرمت مال مسلمان و اتلاف و تسبیب به نفع مالک مقید نمود؟ آیا در چنین حالاتی بهتر نیست بین ضامن مقصر و ضامن قاصر تفاوت قائل شد؟

مال مثلی زمانی به مرحله تعذر (نایاب) و اعواز (کمیاب) می رسد که ضامن عرفا از تحصیل آن به راحتی متمکن نباشد یا در مکانی که عاداتاً نقل و انتقال در آن صورت می گیرد، موجود نباشد. (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ۱۲: ۱۸۳، بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ۴: ۷۳، محقق ثانی، ۱۴۱۴ق: ۶: ۲۴۵). تعذر به منزله تلف عین است و در چنین صورتی مالک حق ندارد ضامن را ملزم به تأدیه مثل نماید. از ادله ضمان (قاعده ید) وجوب قیمت فهمیده می شود. (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲: ۷۴) مستندی از نص و اجماع بر تحدید عرفی اعواز وجود ندارد زیرا این کلمه در

نصوص و اجماعات وارد نشده و تنها در کلمات فقیهان آمده است. اگر انتقال حکم به قیمت در هنگام اعواز مثل، اجماع فقهاء باشد، رجوع به عرف پسندیده است. اما این انتقال واضح نیست. در نتیجه عموم ادله وجوب ادای مال دیگران و تسلط مردم بر اموال خویش، تحصیل مثل را واجب می‌نماید، هرچند ضامن، متحمل هزینه سنگینی گردد و یا از سرزمینی دور آن را تهیه نماید. (قزوینی، ۱۴۲۴ق: ۲: ۶۵۹، انصاری، ۱۴۱۵ق: ۲۳۵-۲۳۶). ممکن است مالک، مثل همان مال را جهت تزین خانه یا موارد ضروری دیگر نیاز داشته باشد و مجبور گردد حتی خارج از محدوده عرفی آن را تهیه نماید و در نتیجه متحمل ضرر و زیان مضاعف گردد. آیا در این صورت قاعده لا ضرر حکم نمی‌کند که غاصب بدهکار است و باید غرامات و خسارات وارده را پرداخت نماید؟ در رابطه با تعیین معیار قیمت مثل متعذر، از جهت زمان و تفاوت قیمت سوقیه و رغبات مردمی پنج معیار در اقوال فقیهان ذکر شده است: ۱) روز قصد ۲) زمان طلب ۳) وقت تعذر مثل ۴) هنگام مطالبه ۵) زمان دفع و پرداخت. از بین این آرا دو نظریه از اعتبار بیشتری برخوردار است: الف) قیمت زمان تعذر مثل ب) قیمت وقت دفع و پرداخت. (مامقانی، ۱۳۱۶: ۲: ۳۰۸). قول اول: در زمان تعذر مثل (روز اعواز) قیمت واجب می‌گردد. (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ۳: ۱۷۴، علامه حلی، ۱۴۲۰ق: ۱: ۲۰۰، ابن ادریس، ۱۴۱۰ق: ۲: ۲۸۵، سیوری، ۱۴۲۵ق: ۲: ۸۴) منظور از قیمت همان قیمت مثل است نه قیمت مال مضمون، زیرا مضمون فعلی همان مال مثلی است نه مال مضمون (مراغی، ۱۴۱۷ق: ۲: ۵۳۰)

مستند حکم: زمان تعذر مثل وقت انتقال به قیمت است. نظیر مال تلف شده‌ای است که روز تلف، قیمت آن واجب می‌گردد. (حائری، بی‌تا: ص ۸، انصاری، ۱۴۱۵ق: ۳: ۲۲۸)

قول دوم: مشهور بر این عقیده‌اند که در تأدیه قیمت مثل متعذر باید معیار را روز دفع و پرداخت گرفت. (شهید اول، ۱۴۱۷ق: ۳: ۱۱۳، محقق ثانی، ۱۴۱۴ق: ۶: ۲۴۵)

مستند: زیرا تا زمان تسلیم و پرداخت همچنان مثلی بر عهده‌اش واجب است. با تعذر مثل مدرکی بر سقوط آن وجود ندارد. تنها با پرداخت عوض است که ابراء ذمه متحقق می‌گردد. به

اصول قیمت گذاری ابعاض مال در باب ضمان قهری و معاوضی با رویکردی بر فقه امامیه ◇ ۳۱

سبب این که اگر با تعذر مثل قیمت واجب گردد ولی ضامن آن را ادای ننماید. و بعد از اعواز متمکن از مثل شود. در چنین حالتی ادای مثل ساقط است، زیرا قیمت بر عهده اش مستقر گردیده و اصل بقای آن است. در حالی که با تمکن از اعطای مثل، استقرار قیمت باطل است. (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۳: ۲۲۷). برخی از فقها معیار تبدیل مثلی به قیمی را وقت مطالبه می دانند. زیرا چنین روزی جمع بین حقیقین است (حق مالک بر تسلط به مطالبه و حق ضامن به عدم تکلیف به معذور). هم چنین این قول با حکم آیه اعتداء متناسب است. در نتیجه با عدم مطالبه دلیلی بر سقوط مثلی وجود ندارد. ادعای اختصاص آیه اعتداء و اطلاقات ضمان در تبدیل مثلی متعذر ابتدایی به قیمی نوعی تحکم است. (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۳: ۲۲۶-۲۳۰) در صورتی که روز مطالبه با زمان دفع مقارن گردد، ابراء و اسقاط صورت می گیرد. اما اشکال جایی است که وقت مطالبه با زمان تسلیم، یکسان نباشد. زیرا ممکن است، تسلیم باشد ولی مطالبه ای صورت نگرفته باشد. یا مطالبه باشد اما دفع صورت نگیرد..

۵-۲- معیار و ملاک قیمت در مال مضمون قیمی: با توجه به روایات وارده و سیره عقلائیة ضمان مال قیمی به پرداخت قیمت آن است. (خمینی، ۱۴۲۱ق: ۱: ۵۸۲-۵۹۸، خویی، بی تا: ۳: ۱۷۶).

در رابطه به این که با پرداخت مثلی در مضمون قیمی، حکم چگونه است؟ دو نظریه مطرح است: الف) با ادای مثلی رفع ضمانت می شود. زیرا پرداخت قیمی در مضمون به قیمی الزام شرعی ندارد. به حکم سیره عقلائیة با پرداخت مثلی ادای تکلیف حاصل گردیده است. (خمینی، ۱۴۲۱ق: ۱: ۵۸۳، شیرازی، ۱۴۲۵ق: ص ۱۸۳). ب) روایاتی که ضمان مثلی را در مال قیمی جایز می دانند مختص به باب قرض است و ربطی به ضمانات و خسارات ندارد. مدلول روایات ضمان این است که در قیمی خصوص قیمت ضمانت آور است. (خویی، بی تا: ۳: ۱۷۶). به نظر می آید با توجه به این که روایات ارشادی و امضایی هستند. هر گاه ضامن یا غاصب در مورد مال مضمون به قیمت، با شرایط ویژه ای که مورد تایید عقلا باشد، مثل آن را پرداخت نماید، برائت ذمه حاصل گردیده و ردعی هم از ناحیه شارع وارد نشده است. در رابطه

با وقت ضمان برای تعیین معیار قیمت مال مضمونی که در دست متصرف تلف شده، از جهت نوسانات قیمت سوبیه اقوال و آرای مختلفی وجود دارد: ۱- قیمت روز غصب، ۲- قیمت روز تلف، ۳- روز ادای قیمت، ۴- بیشترین قیمت از روز قبض تا روز تلف، ۵- بالاترین قیمت از روز تلف تا روز اداء ۶- بیشترین قیمت از روز قبض تا روز اداء ۷- قیمت زمان مطالبه. (شیرازی، ۱۴۲۵ق:ص ۱۸۳، خوبی، بی تا: ۳: ۱۷۷، مراغی، ۱۴۱۷: ۲: ۵۳۳-۵۳۴) آرای و نظرات دیگری نیز وجود دارد، که ذکر آن‌ها باعث اطاله کلام می‌گردد. به اختصار به تحلیل چهار نظریه از نظریات مذکور می‌پردازیم:

۱) برخی از آرای علمای فقه موبد قیمت روز غصب (ضمان) است. این نظر به اکثر فقها نسبت داده شده است. (مفید، ۱۴۱۳ق:ص ۶۰۷، محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ۳: ۱۸۹) مستند اول: در همان لحظه استیلا و غصب، ضمان قیمی بر عهده متصرف قرار می‌گیرد. زیرا عین در تصرف وی قرار گرفته است.

اشکال: حکم به ضمان عین به این معنا است که اگر تلف شود، قیمت آن واجب می‌گردد. نه این که در ابتدای غصب قیمت آن واجب باشد. زیرا تا زمانی که عین باقی است، رد آن واجب است و انتقال به قیمت پیدا نمی‌کند مگر با تلف. حکم به ضمان مستلزم معتبر دانستن قیمت روز ضمان نیست. (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ۱۲: ۱۸۵-۱۸۶، سبزواری، ۱۴۱۳ق: ۲۱: ۳۲۸) مستند دوم: صحیحہ ابی ولاد از امام صادق ع می‌باشد. (طوسی، ۱۴۰۷ق: ۷: ۲۱۵، کلینی، ۱۴۰۷ق: ۵: ۲۹۰) که به جملاتی از این حدیث شریف نظیر: «قیمة بغل یوم خالفته» یعنی قیمت حیوان در روزی که غصب شده است، استشهاد نموده‌اند. (بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ۴: ۷۷-۸۵، نایینی، ۱۴۱۳ق: ۱: ۳۵۹-۳۶۲).

۲) ضمان به اعلی القیم از زمان قبض تا زمان تلف. (طوسی، ۱۳۸۷ق: ۳: ۷۲، حلی، ۱۴۱۰ق: ۲: ۴۸۱، سیوری، ۱۴۲۵ق: ۲: ۸۴) مستندات: ۱- استشهاد به صحیحہ ابی ولاد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ۱۲: ۱۸۶)، ۲- از جمله حالات ضمان اعلی القیم است. اگر در این حالت تلف شود متصرف ضامن است و این حکم برای این که از غاصب سخت گرفته شود

اصول قیمت گذاری ابعاض مال در باب ضمان قهری و معاوضی با رویکردی بر فقه امامیه ◇ ۳۳

مناسب‌تر است. (شهید اول، ۱۴۱۴ق: ۲: ۳۹۹، شیرازی، ۱۴۲۵ق: ۱۹۰) ۳- اشتغال ذمه یقینی، برائت ذمه یقینی می‌خواهد. با پرداخت اعلی‌القیم برائت یقینیه تحصیل می‌گردد. (حلی، ۱۴۱۰ق: ۲: ۴۸۱) ۴- غاصب یا ضامن باعث عدم تسلط مالک بر مالش شده و از ارزش بالای سوقیه وی را محروم ساخته است. و همچنین ممکن است عین در معرض تجارت قرار می‌گرفت و معامله متناسب با اعلی‌القیم را منعقد می‌کرد. اما ظالم مانع گردیده است. (شیرازی، ۱۴۲۵ق: ۱۹۰-۱).

۳) به اکثر نسبت داده‌اند که وقت ضمان به قیمت، روز تلف است. (ابن براج، ۱۴۰۶ق: ۱: ۴۳۷، شهید اول، ۱۴۱۷ق: ۳: ۱۱۳، خوبی، بی تا: ۳: ۱۷۸، شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ۱۲: ۱۸۶، شهید ثانی، ۱۴۱۰ق: ۷: ۴۱). مستند: وقت استقرار قیمت زمانی است که مال مضمون تلف شود. زیرا در هنگام تلف، غاصب یا ضامن مسؤول و مخاطب پرداخت قیمت هستند. بدیهی است که با بقای عین رد آن واجب است و زمانی به قیمت حکم می‌گردد که وجوب پیدا کرده باشد. (شهید اول، ۱۴۱۴ق: ۲: ۳۹۹، شهید ثانی، ۱۴۱۰ق: ۷: ۱۸۶).

۴. قیمت روز دفع و اداء: اشتغال ذمه یقینی برائت ذمه یقینی لازم دارد با قیمت روز اداء، عهده شخص از ضمانت خارج می‌گردد. در حالی که در بقیه ایام مثلاً روز تلف، اداء محسوب نمی‌گردد. مگر این که در همان وقت تلف، قیمت را ادا نماید. متبادر عرفی، اعتبار قیمت روز اداء است و روز دفع زمان قطع رابطه بین ضامن و مال مضمون می‌باشد. مگر این که دلیل خلاف آن وجود داشته باشد. قیمت گذاری در وقت اشیاء همان وقت حاجت و نیاز است که در واقع زمان اداء و دفع است. (سبزواری، ۱۴۱۳ق: ۱۹: ۱۰۰-۱۰۴، خمینی، ۱۴۲۱ق: ۱: ۵۹۳-۵۹۶، لنکرانی، ۱۴۱۶ق: ۱۳۸-۱۳۹) به نظر می‌آید با توجه به عمومات ادله ضمان و قاعده نفی ضرر و همچنین قاعده اقدام «ضمان اعلی‌القیم از روز غصب تا روز تلف» مناسب‌تر باشد. و عرف هم از او حمایت نماید.

نتیجه‌گیری

۱. با توجه به مدارک و مستندات شرعی در شرایط عادی و طبیعی تعیین قیمت با بازار و مالکین اجناس است.
۲. در شرایط اضطراری و بحرانی با توجه به عناوین ثانویه تصمیم‌گیری بر عهده حاکم شرع است.
۳. یکی از شرایط خاصی که موجب تعیین ضوابط و معیار با روش اجتهادی و فقاهتی بر مبنای مستندات شرعی و عقلی گردیده، تصرفات عدوانی و غیر مأذون در اموال دیگران است.
۴. تصرف در اموال دیگران بدون اجازه و رضایت با توجه به ادله خاص، عمومات و اطلاق، قواعد فقهی، اصول عقلی و عرفی هم حرمت تکلیفی و هم دارای احکام وضعی است.
۵. ضامن یا غاصب تا زمانی که عین مضمون موجود است، بر وی واجب است که آن را به مالک اعاده نماید. در صورت تلف اگر مثلی است باید مثل آن و اگر قیمی است یا مثل آن متعذر است، قیمت آن را بر مبنای ضوابط به صاحبش اعطا نماید و مالک را بر مال خویش یا عوضش مسلط نماید.
۶. خسارات و غرامات ناشی از ضمانت و تعدی با استناد به مستندات معتبر بر عهده متصرف می‌باشد.
۷. معیارها و ضوابط جهت تعیین قیمت ابعاض و هیئت ترکیبیه مال مضمون، بر مبنای روش اجتهادی و فقاهتی علمای اعلام استخراج و کاملاً جنبه کاربردی دارند.
۸. عرف و سیره عقلانیه در مسأله پژوهش جایگاه ویژه‌ای دارد. به طوری که مستندات نقلی در این زمینه جنبه ارشادی و امضایی دارند.
۹. موضوع تحقیق و احکام مربوطه گرچه در ابعاد و گستره عمیق و وسیع خود دارای مسائل مستحدثه است، ولی اصل مسأله بین علمای متأخر و متقدم مورد بحث و گفتگو بوده است.
۱۰. در اهمیت و ضرورت بحث کافی است که کارشناسان و قضات جهت رفع اختلاف نیاز به دانستن ضوابط و معیارها دارند. زمان، مکان، مثلی و یا قیمی بودن مال مضمون، نقش ویژه‌ای در صدور احکام مربوطه دارد.

منابع و مأخذ

۱. ابن منظور، ابوالفضل، جمال الدين، محمد بن مكرم، (١٤١٤ق)، لسان العرب، بيروت - لبنان، دارالفكر.
۲. احسايى، ابن ابى جمهور، محمد بن على، (١٤٠٥ق)، عوالى اللئالى العزىزىه، قم، دارالفكر.
۳. اردبىلى، احمد بن محمد، (١٤٠٣ق)، مجمع الفائده البرهان فى شرح ارشاد الازهان، قم، انتشارات اسلامى جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴. اصفهانى، مجلسى دوم، محمدباقر بن محمدتقى، (١٤٠٦ق)، ملاذ الاخيار فى فهم تهذيب الاخبار، قم، انتشارات كتابخانه ايه الله مرعى نجفى رحمته الله.
۵. اصفهانى، مجلسى دوم، محمدباقر بن محمدتقى، (١٤٠٤ق)، مرآه العقول فى شرح اخبار آل الرسول، تهران، دارالكتب الاسلاميه.
۶. اصفهانى، سيد ابوالحسن، (١٤٢٢ق)، وسيله النجاه، شارح: خمينى، سيد روح الله موسى، قم، مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى رحمته الله.
۷. انصارى، مرتضى بن محمد امين انصارى، (١٤١٥ق)، كتاب المكاسب المحرمه و البيع و الخيارات، قم، كنگره جهانى بزرگداشت شيخ اعظم انصارى.
۸. بجنوردى، سيد حسن بن آقا بزرگ موسى، (١٤١٩ق)، القواعد الفقهيه، قم: نشر الهادى.
۹. بحرالعلوم، محمد بن محمد تقى، (١٤٠٣ق)، بلغه الفقيه، تهران، منشورات مكتبة الصادق.
۱۰. بحراني، آل عصفور، يوسف بن احمد بن ابراهيم، (١٤٠٥ق)، الحدائق الناضره فى احكام العترة المطاهره، قم، انتشارات اسلامى جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۱. جزائرى، سيد محمد جعفر مروج، (١٤١٦ق)، هدى الطالب فى شرح المكاسب، قم، مؤسسه دار الكتاب.
۱۲. جمعى از مؤلفان (بى تا)، مجله فقه اهل البيت عليهم السلام، قم، مؤسسه دائرة المعارف بر مذهب اهل بيت عليهم السلام.

۱۳. حائری، سید محمد مجاهد طباطبایی (بی‌تا)، کتاب المناهل، قم: مؤسسه آل‌البتیة.
۱۴. حکیم، سید محمدسعید طباطبایی، (۱۴۱۵ق)، منهاج الصالحین، بیروت: دارالصفوه.
۱۵. حلی، ابن ادريس، محمد بن منصور بن احمد، (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم، انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۶. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (۱۴۱۰ق)، ارشاد الاذهان الی احکام الایمان، قم، انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۷. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (۱۴۱۳ق)، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، قم، انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۸. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (۱۴۲۰ق)، تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الاسلامیه، قم، مؤسسه امام صادق (ع).
۱۹. حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (۱۴۱۴ق)، تذکره الفقهاء، قم، مؤسسه آل‌البتیة.
۲۰. حلی، مقداد بن عبدالله سیوری، (۱۴۲۵ق)، کنز العرفان- فقه القرآن، قم، انتشارات مرتضوی.
۲۱. خراسانی، آخوند محمدکاظم بن حسین، (۱۴۰۶ق) حاشیه المکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۲۲. حلی، فخر المحققین، محمدبن حسن بن یوسف، (۱۳۸۷ق)، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
۲۳. خمینی، سید روح الله موسوی، (۱۴۲۱ق)، کتاب البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ع).
۲۴. خمینی، سید روح الله موسوی (بی‌تا)، تحریر الوسیله، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم.
۲۵. خویی، سید ابوالقاسم موسوی (بی‌تا)، المکاسب - مصباح الفقاهه، تهران، گنج دانش.
۲۶. سبزواری، سید عبدالاعلی، (۱۴۱۳ق)، مهذب الاحکام بی بیان الحلال و الحرام، قم، مؤسسه المنار.
۲۷. سیستانی، سیدعلی حسینی، (۱۴۱۷ق)، منهاج الصالحین، قم، دفتر حضرت آیت‌الله سیستانی.

٢٨. شيرازى، ناصر مكارم، (١٤١١ق)، القواعد الفقهييه، قم، مدرسه امام اميرالمومنين عليه السلام.
٢٩. شيرازى، ناصر مكارم، (١٤٢٥ق)، انوار الفقاهه-كتاب البيع، قم، انتشارات مدرسه الامام على بن ابى طالب عليه السلام.
٣٠. طرابلسى، ابن براج قاضى عبد العزيز، (١٤٠٦ق)، المهذب، قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين قم.
٣١. طريحي، فخرالدين، (١٤١٦ق)، شرح الضياء الامع فى شرح مختصر الشرائع، تهران، مجد.
٣٢. طوسى، ابوجعفر محمد بن حسن، (١٤٠٧ق)، تهذيب الاحكام، تهران، دار الكتاب الاسلاميه.
٣٣. طوسى، ابوجعفر، محمد بن حسن، (١٣٨٧ق)، المبسوط فى فقه الاماميه، تهران، المكتبة المرتضويه لإحياء الآثار الجعفريه.
٣٤. طوسى، محمد بن على بن حمزه، (١٤٠٨ق)، الوسيله الى نيل الفضيله، قم، انتشارات كتابخانه آيه الله مرعشى نجفى.
٣٥. عاملى، حر محمد بن حسن، (١٤٠٩ق)، تفصيل وسائل الشيعه الى تحصيل مسائل الشريعه، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
٣٦. عاملى، سيد جواد بن محمد حسين، (١٤١٩ق)، مفتاح الكرامه فى شرح قواعد العلامه، قم، دفتر انتشارات اسلامى جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
٣٧. عاملى، شهيد اول، محمد بن مكى، (١٤١٠ق)، اللمعه دمشقيه، بيروت: دارالتراث-الدار الاسلاميه.
٣٨. عاملى، شهيد اول، محمد بن مكى، (١٤١٧ق)، الدروس الشرعيه فى فقه الاماميه، قم، دفتر انتشارات اسلامى جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
٣٩. عاملى، شهيد ثانى، زين الدين بن على، (١٤١٠ق)، الروضه البهيه فى شرح اللمعه دمشقيه، قم، نشرالهادى.
٤٠. عاملى، شهيد ثانى، زين الدين بن على، (١٤١٣ق)، مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلاميه.

۴۱. عاملی، کرکی محقق ثانی، علی بن حسین، (۱۴۱۴ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، مصحح: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۴۲. فیومی، احمد بن محمد مقرئ (بی تا)، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، قم، حقوق اسلامی.
۴۳. قزوینی، سید علی موسوی، (۱۴۲۴ق)، ینابیع الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۴. کلینی، أبوجعفر، محمد بن یعقوب، (۱۴۰۷ق)، الکافی، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
۴۵. گیلانی، میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، (۱۴۱۳ق)، جامع الشتات فی اجوبه السؤالات، مرتضی، تهران، مؤسسه کیهان.
۴۶. لنکرانی، محمد فاضل موحدی، (۱۴۱۶ق)، القواعد الفقهیه، قم، مهر.
۴۷. مامقانی، ملا عبد الله بن محمد حسن، (۱۳۵۰ق)، نهاییه المقال فی تکمله غایه الامال، قم، مجمع الذخائر الاسلامیه.
۴۸. محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن، (۱۴۰۸ق)، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
۴۹. مراغی سید میر عبدالفتاح بن علی حسینی، (۱۴۱۷ق)، العناوین الفقهیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵۰. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری، (۱۴۱۳ق)، المقنعه، قم، نشر داورى.
۵۱. نائینی، میرزا محمد حسن غروی (۱۳۷۳ق)، منیه الطالب فی حاشیه مکاسب، تهران، المكتبة المحمديه.
۵۲. نائینی، میرزا محمد حسن غروی (۱۴۱۳ق)، مکاسب و البیع، مقرر: میرزا محمد تقی، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵۳. واسطی، زبیدی، حنفی، سید محمد مرتضی حسینی (۱۴۱۴ق)، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت، لبنان: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
۵۴. یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی (۱۴۲۱ق)، حاشیه مکاسب، قم، مؤسسه اسماعیلیان.

بررسی نقش آرا دیوان بین‌المللی دادگستری در تداوم و توسعه و حمایت بین‌المللی

از منظر حقوق بنیادین بشر



مارال کیوان^۱

چکیده

منشور ملل متحد، دیوان بین‌المللی دادگستری را به عنوان رکن اصلی و قضایی ملل متحد تأسیس نموده است. این خصوصیت در دیوان بین‌المللی دادگستری منحصر به فرد است و آن را در موقعیتی ممتاز در مقایسه با دیگر مراجع قضایی بین‌المللی قرار می‌دهد. ادعای ایجاد قاعده‌ی حقوقی و توسعه حقوق بین‌الملل از سوی دیوان بین‌المللی شاید بیهوده بنظر آید. زیرا علی‌القاعده دیوان بین‌المللی دادگستری باید اختلاف‌های بین دولت‌ها را طبق حقوق بین‌الملل حل و فصل کرده و در صورت خلأ قانونی از صدور رأی اجتناب کند. امروزه موضوع حقوق بشر و توسعه آن به عنوان یکی از شاخص‌های عمده برقراری دموکراسی در کشورهای مختلف در دنیا اهمیت شایانی یافته است. دیوان بین‌المللی دادگستری یکی از سازمان‌های بین‌المللی می‌باشد که در سطح بین‌المللی متولی حمایت و توسعه حقوق بشر می‌باشد و با توجه به صلاحیت عام دیوان بین‌المللی دادگستری، آرای در خصوص حقوق بشر در مرجع قضایی بین‌المللی تدوین و صادر شده است. از این رو در میان حقوقدانان صلاحیت دیوان وجود دارد و

۱. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه آزاد : mky۵۴۵۶۵۷@gmail.com

افزایش دعوی مرتبط با مسائل حقوق بشری نشان دهنده گرایش نسبت به توسعه جوامع بین‌الملل برای درگیر شدن هرچه بیشتر این رکن قضایی سازمان ملل متحد در خصوص مسائل حقوق بشری دارد. هدف از پژوهش حاضر بررسی نقش آرای دیوان بین‌المللی دادگستری در توسعه حقوق بشر بوده است در این مقاله رویه قضایی دیوان مورد تجزیه و تحلیل حقوقی قرار گرفته است و با توجه به نظرات آرای دیوان نقش غیر قابل انکاری را در توسعه حقوق بشر ایفا نموده است. این تحقیق از نظر روش از نوع توصیفی - تحلیلی بوده و از طریق روش کتابخانه‌ای و توسط ابزار فیش برداریهای مطالعاتی، اطلاعات جمع‌آوری شده و سرانجام به روش عقلانی - منطقی تجزیه و تحلیل می‌شوند.

واژگان کلیدی: حقوق بشر، دیوان بین‌المللی دادگستری، سازمان ملل متحد، توسعه، آراء.

مقدمه و بیان مسأله

حقوق بشر ناظر به مجموعه‌ای از قواعد، اصول، تمایلات و آرزوهای جوامع انسانی در ارتقای حقوق اساسی انسانی است حقوق بشر اساسی‌ترین و ابتدایی‌ترین حقوقی است که هر فرد به طور ذاتی، فطری، به صرف انسان بودن از آن بهره‌مند می‌شود. (محقق داماد، ۱۳۷۵، ۱۵) تعریف واحدی از حقوق بشر وجود ندارد و نویسندگان در این باره تعریف‌های متعددی را ارائه داده‌اند، بعضی گفته‌اند حقوق بشر، حقوقی است که از نظر ملل متمدن برای هر فرد به طور ذاتی و اساسی وجود دارد و این حقوق تجزیه و تفکیک ناپذیر هستند و اگر دولتی بخواهد در شمار ملل متمدن قلمداد شود، رعایت این حقوق الزامی است. (فلسفی، ۱۳۷۵، ۱۵) همچنین گفته شده است، حقوق بشر به معنای امتیازاتی کلی است که هر فرد انسانی طبعاً دارای آن است. این امتیازات در صورت تحقق، معیار واقعی مشروعیت و مالک محدودیت اقتدار دولت در قبال افراد است. حقوق بشر باگذشت سه نسل مشخص و متمایز، سیر تکاملی داشت مفاهیم سه‌گانه حقوق بشر (حقوق بشر فردی، مدنی، سیاسی) نسل اول (، حقوق اقتصادی، اجتماعی) نسل دوم (و حق توسعه که در زمره نسل سوم (حقوق بشر یا حقوق همبستگی) قرار دارد رقم می‌خورد. بازتاب پدید آمدن نسل سوم حقوق بشر، ایجاد علقه و ارتباط با نسل‌های اول و دوم این حقوق است و پیوندی بین سه نسل برقرار و فرآیند یکپارچگی آغاز می‌شود و نمود بارز توسعه حقوق بشر در حق توسعه نمایان تر است. توسعه حقوق بشر از نظر تعریف و مفهوم دارای ماهیتی جهانشمول است یعنی ادعای قابلیت اجرا در سطح جهانی نسبت به تمام افراد انسانی را دارد بدین معنی که مفهوم حقوق بشر به طرز جدایی ناپذیر و پیچیده‌ای با جهانی سازی پیوند خورده است. در تاریخ حقوق بین‌الملل نوین شاید کمتر نهاد بین‌المللی‌ای تاکنون توانسته باشد که جایگاه رفیعی همانند دیوان بین‌المللی دادگستری را به دست آورد. بدون تردید، در حال حاضر می‌توان ادعا نمود که یکی از شاخصه‌ها و معیارهای معتبر شناخت زیرا،

حقوق بین‌الملل، یافته‌های این رکن قضایی بین‌المللی می‌باشد. این امر دلایل مختلفی دارد. اولاً دیوان تعیین‌کننده و تفسیرکننده قواعدی است که مستقیماً با نظم عمومی بین‌المللی مرتبط هستند؛ دیوان به موضوعاتی می‌پردازد که غالباً با مسائل حاکمیتی ارتباط دارند. ثانیاً اهمیت یافته‌های دیوان به دلیل طرف‌های حاضر در رسیدگی‌های دیوان یعنی تابعان اصلی حقوق بین‌الملل (دولت‌ها) نیز می‌باشد. همچنین دولت‌ها در منشور و نیز اساسنامه دیوان پذیرفته‌اند که دیوان بین‌المللی دادگستری رکن قضایی اصلی سازمان ملل متحد باشد. پذیرش این جایگاه برای دیوان در میان ارکان مختلف سازمان ملل متحد حاکی از آن است که دولت‌ها پذیرفته‌اند مرجع نهایی تعیین مشروعیت یا عدم مشروعیت اقدامات سازمان ملل متحد، دیوان بین‌المللی دادگستری باشد. همچنین دیوان نقش اصلی را در تحقق یکی از اهداف سازمان ملل متحد یعنی حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات میان دولت‌ها به نحو مذکور در مواد یک و دو منشور دارا است. از این حیث ضروری است که سایر ارکان سازمان به این نقش دیوان احترام گذارند. نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در تداوم و توسعه حقوق بین‌الملل «فرصت مناسبی برای جامعه ایرانی فراهم آورد تا در قالب این همایش به برخی موضوعات مهم حقوق بین‌الملل همانند حقوق معاهدات، حقوق توسل به زور، حقوق سازمان‌های بین‌المللی و حقوق بشر بپردازد و جایگاه دیوان در ساختار سازمان ملل متحد نیز مورد بازبینی قرار گیرد. بدین مناسبت ابتدا جایگاه رویه قضایی و نقش آن در شناسایی و توسعه و حمایت از حقوق بشر و سپس گزیده‌ای از آرای دیوان در رابطه با حقوق بنیادین بشری که از اصول منشور ملل متحد و منشور جهانی حقوق بشر است مورد بررسی و ارزیابی قرار می‌گیرد.

۱. مفهوم شناسی

۱-۱. دیوان بین‌المللی دادگستری

در سطح بین‌المللی، مرجع رسیدگی به اختلافات میان کشورها دیوان بین‌المللی دادگستری است که طبق منشور سازمان ملل متحد از ارکان اصلی سازمان محسوب می‌شود.

بررسی نقش آرا دیوان بین‌المللی دادگستری در تداوم و توسعه و حمایت بین‌المللی ◇ ۴۳

این دیوان در سال ۱۹۴۶ جانشین دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی شد. دیوان از ۱۵ قاضی پیشنهاد شده توسط گروه‌های ملی دیوان دائمی داوری که با رای مجمع عمومی و شورای امنیت برگزیده می‌شوند به مدت ۹ سال، سازمان می‌یابد. درباره مسائل حقوقی فی مابین دولت‌ها، باید افزود کشورها به عنوان اشخاص حقوقی، تنها دارای مسئولیت حقوقی هستند و انتساب مسئولیت کیفری به آن‌ها امکان پذیر نمی‌باشد. آنچه مورد بحث و بررسی است، تعیین صلاحیت دیوان بین‌المللی دادگستری، در رسیدگی به امور غیر کیفری در سطوح خارجی و میان دولت‌ها است. همچنین دادگاه باید از حدود صلاحیتی خویش آگاه باشد. در حقوق بین‌الملل، مأخذی که فرآیند احراز و اعمال صلاحیت دیوان را نشان دهد، وجود ندارد و تنها بر پایه یک سری از اصول حقوقی داخلی برگرفته از عقل سلیم، مجموعه‌هایی برای احراز صلاحیت تدوین شده است. وفق بند یک و دو ماده ۳۶ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری دیوان بین‌المللی دادگستری، در مورد تمام اموری که طرفین دعوی به آن رجوع می‌کنند و نیز نسبت به موارد خاصی که طبق منشور ملل متحد یا عهدنامه و قراردادهای جاری پیش‌بینی شده است، صلاحیت رسیدگی دارد و دولت‌های امضاکننده اساسنامه می‌توانند قضاوت اجباری دیوان را در مورد همه اختلافاتی که جنبه قضایی داشته، در برابر هر کشور دیگری که این تعهد را قبول کند، به خودی خود و بدون قرارداد خاصی در موارد زیر قبول می‌کنند:

«تفسیر یک عهدنامه»؛

«هر مسأله که موضوع حقوقی بین‌المللی باشد»؛

«حقیقت هر امری که در صورت ثبوت، نقض یک تعهد بین‌المللی محسوب می‌شود»؛

«نوع و میزان غرامتی که باید برای نقض یک تعهد بین‌المللی داده شود».

۲. صلاحیت شخصی دیوان بین‌المللی دادگستری

تنها محدود به کشورها است و افراد و سازمان‌های بین‌المللی مجاز نیستند که اختلاف خود را به دیوان ارجاع دهند. البته افراد توسط کشوری که تابعیت آن را دارند قادر به طرح دعوا هستند که در این فرض نیز کشور متبوع فرد، جانشین او در طرح دعوا خواهد بود. سازمان‌های بین‌المللی نیز با توجه به شرایطی که شرح آن خواهد آمد، امکان تقاضای صدور نظر مشورتی را دارند.

کشورهایی که دارای صلاحیت مراجعه به دیوان هستند، به سه دسته تقسیم می‌شوند:

الف) کشورهایی که هم عضو سازمان ملل هستند و هم عضو اساسنامه دیوان.

ب) کشورهای غیر عضو سازمان ملل متحد که عضو اساسنامه دیوان هستند و طبق شرایطی که شورای امنیت سازمان ملل متحد به مجمع عمومی توصیه می‌کند پذیرفته می‌شوند.

ج) کشورهای غیر عضو ملل متحد و غیر عضو دیوان که موظفند بیانیه‌ای را نزد دیوان ثبت کنند و همچنین شرایطی را که شورای امنیت در این زمینه مقرر داشته است جامه عمل بپوشانند.

۲-۱. صلاحیت ترافی

در این مورد، از آن جایی که رجوع به دیوان بین‌المللی دادگستری، نیازمند مبنای صلاحیتی است، کشورها باید به طریقی رضایت خود را برای پذیرش صلاحیت دیوان ابراز کنند و بدون اعلام رضایت، دیوان مجاز به حل و فصل اختلافات نمی‌باشد.

صلاحیت ترافی دیوان به دو دسته صلاحیت اختیاری و صلاحیت اجباری تقسیم

می‌شود:

۲-۲. صلاحیت اختیاری

در این نوع از صلاحیت، کشورها پس از بروز اختلاف، رضایت خود را برای ارجاع منازعات به دیوان اعلام می‌دارند. بر این اساس، طرفین با تنظیم یک موافقت‌نامه خاص (Comprise) که منعکس‌کننده توافقشان است، به دیوان صلاحیت رسیدگی، اعطا می‌کنند.

۲-۳. صلاحیت اجباری

در این قسم از صلاحیت، دولت‌ها پیش از بروز مشاجره به دیوان برای رسیدگی، صلاحیت می‌بخشند که به طرق ذیل صورت می‌پذیرد:

قبول صلاحیت اجباری از طریق شرط اختیاری که با صدور "اعلامیه پذیرش" و تسلیم آن به دبیر کل سازمان ملل انجام می‌پذیرد. از پنج عضو دائم شورای امنیت، فقط انگلستان اعلامیه صلاحیت اجباری دیوان را صادر کرده است. در این اعلامیه‌ها معمولاً صلاحیت به صورت نسبی پذیرفته می‌شود. در صورت اختلاف، اصل بر صلاحیت اختیاری است و صلاحیت اجباری دیوان، استثنا محسوب می‌شود. پذیرش صلاحیت، ضمن معاهدات و کنوانسیون‌هایی که طرفین قبلاً به صورت خاص آن را امضا کرده و پذیرفته‌اند مانند ماده ۹ کنوانسیون جلوگیری و منع نسل‌زدایی یا کنوانسیون حقوق دریاها که مکانیزم حل و فصل اختلافات در آن‌ها پیش‌بینی شده است و یا معاهداتی که در آن‌ها صلاحیت اجباری دیوان، شرط شده است.

۲-۴. صلاحیت مشورتی دیوان

طبق ماده ۹۶ منشور سازمان ملل متحد اختصاص به مجمع عمومی و شورای امنیت دارد و سایر ارکان و نیز سازمان‌های تخصصی در صورت تصویب و موافقت مجمع عمومی، می‌توانند اقدام به تقاضای نظر مشورتی از دیوان نمایند. باید توجه داشت که کشورها در زمینه درخواست نظر مشورتی محق نیستند. در این زمینه، دیوان حکم صادر نمی‌کند و خود

را صالح به اظهار نظر در مورد سؤالات حقوقی که بر اختلاف موجود تأثیر عمده و چشم‌گیری می‌گذارد، نمی‌داند. نظر مشورتی دیوان بر خلاف آرایه‌ای که در زمینه ترافیعی صادر می‌کند الزام‌آور نیست، مگر این که در این زمینه از قبل شرط خلاف آن شده باشد. با وجود این، معمولاً ارکان سازمان و همچنین، سازمان‌های بین‌المللی دیگر از نظرات مشورتی دیوان تبعیت کرده و بدین صورت نظرات مشورتی در حل و فصل اختلافات، مفید واقع شده‌اند.

۵. مفهوم و تعریف اصول آمره و جهانشمول در حقوق بین‌الملل

پیشاپیش باید اذعان نمود که بین قواعد آمره و جهانشمول و حتی جنایات بین‌المللی مرزبندی و مصادیق متمایز و مشخصی وجود ندارد هر کدام از این اصطلاحات و مفاهیم که امروزه تحت عنوان «قواعد» بنیادین و نیز حتی بنام نظم عمومی بین‌المللی از آنها یاد می‌شود با یکدیگر در هم آمیخته‌اند. (pub:۲۰۰۶:p۴۲۵)

۵-۱. مفهوم اصول آمره بین‌المللی

که برای اولین بار توسط کنوانسیون وین سال ۱۹۶۹ تدوین گردیده از نظر حقوقی خیلی روشن و دقیق نیست. ماده ۵۳ کنوانسیون مذکور که آن را رسماً مورد شناسایی قرار داده چنین تعریف می‌کند: قاعده‌ای است که جامعه بین‌المللی دولت‌ها در کل خود، آن را در حد قاعده‌ای که هیچ‌گونه تخطی از حدود آن مجاز نیست پذیرفته و مورد شناسایی قرار داده است. هر چند درباره عناصر این تعریف و مصادیق قاعده آمره بین صاحب نظران اختلاف وجود دارد. (میرعباسی: ۱۳۷۶: ص ۹۷). ولی همانطور که پروفیسور آلن پوله "گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل راجع به حق شرط در گزارش سال ۱۹۹۶ در این باره می‌گوید: امروزه مفاد کنوانسیون سال ۱۹۶۹ وین راجع به حقوق معاهدات و از جمله مواد ۵۳ و ۶۴ که ناظر بر اصول آمره است به صورت عرفی در آمده و به عبارتی می‌توان گفت که پذیرش عام و حتی جهانی یافته است. (بنگرید: ص ۳۱۴).

۲-۵. شناخت حقوق بنیادین بشر به عنوان قواعد آمره بین‌المللی:

حقوق بنیادین بشر که مصادیق بارز آن عبارتند از حق حیات، منع تبعیض، منع شکنجه، منع بردگی و کار اجباری، برخورداری از شخصیت حقوقی و آزادی‌های اساسی بشر، توسط اکثریت حقوقدانان به عنوان قواعد آمره بین‌المللی مطرح شده‌اند. کثرت تعداد ارائه‌کنندگان این نظریه به حدی است که به تصویرکشیدن دیدگاه‌های آنها از عهده این نوشتار خارج است. مهمتر از آن دلایلی است که به خاطر لزوم تبدیل قواعد حقوق بشری به قواعد آمره بین‌المللی توسط حقوقدانان ابراز شده است. در اینجا به خاطر وضاحت موضوع تعدادی از این نظریات را با دلایل آنها مورد مطالعه قرار می‌دهیم. اما پیش از آن، طوری که به نظر می‌آید، دلیل عمده جافتادن این موضوع، ظاهراً موجودیت ویژگی‌های قواعد آمره در حقوق بنیادین بشر و عکس آن است که باعث شده است تا حقوقدانان به چنین نتیجه‌ای برسند و حقوق بنیادین بشر را در جایگاه قواعد آمره بین‌المللی قرار دهند. در حقوق بین‌الملل معاصر اکثریت قواعد حقوق بشری و به ویژه حق‌های بشری‌ای که به عنوان نسل اول حقوق بشر شناخته می‌شوند و در میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی به عنوان ۲ هنجارهای الزام‌آور تصریح گردیده‌اند، به طور عموم به درجهٔ قواعد آمره بین‌المللی نائل شده‌اند. (ذاکریان: ۱۳۷۹: ص ۱۰۵۳). از سویی هم شرایطی را که مادهٔ ۵۳ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین در خصوص حقوق معاهدات برای قواعد آمره تسجیل نموده است، در حقوق بنیادین بشر نیز موجودند؛ مانند ثبات نسبی و تغییرناپذیری. (شریفیان: ۱۳۸۰: ص ۸۱۹).

۲-۶. تبدیل حقوق بنیادین بشر به قواعد آمره بین‌المللی به دلیل ماهیت مشترك

باید اذعان نمود که تبدیل نمودن حقوق بنیادین بشر به قواعد آمره بین‌المللی از ماهیت حقوقی قواعد حقوق بشر و به ویژه حقوق بنیادین آن نیز سرچشمه می‌گیرد. حقوق بشر تجلی بارز کرامت انسانی است و بر مبنای همین کرامت است که دولت‌ها به تضمین رعایت حقوق بشر

مکلف گردیده‌اند، يك امر پذیرفته شده است. چنانچه قبلاً منشور ملل متحد و اعلامیه جهانی حقوق بشر این مطلب را اعلام نموده‌اند. از همینجاست که قواعد حقوق بشر اکثراً به عنوان قواعد آمره شناخته شده‌اند؛ به ویژه جامعه جهانی نسل‌کشی و تبعیض نژادی را به عنوان مصداق بارز نقض قواعد آمره دانسته و مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها را هرچند که عضو کنوانسیون‌های مربوط به این جنایات هم نباشند، در این رابطه محرز دانسته است. پس در صورتیکه حقوق بشر با کرامت انسان آمیخته بوده و حقوق مذکور مبین شناخت این کرامت است، تمام دولت‌ها میبایست به رعایت آنها به عنوان تکلیفی که از يك قاعده آمره بین‌الملل ساخته شوند. (خوزه جیل: ۱۳۷۹: ص ۲۵۹) آیا قواعد حقوق بشر دارای همان ویژگی آمره بودن هستند؟ واضح است که اگر مفاد ماده کنوانسیون وین را نافذ بدانیم و قواعد مصرح در اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸ یا قواعد مندرج میثاق‌های بین‌المللی حقوق مدنی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ۱۹۶۶ را در نظر بگیریم، به آسانی به این نتیجه خواهیم رسید که اکثر قواعد مندرج در اعلامیه جهانی حقوق بشر جزء قواعد آمره بین‌المللی‌اند.

۶-۱- ماهیت حقوق بنیادین بشر

برای اینکه حقوق بنیادین بشر را با رویکرد تبدیل آنها به قواعد آمره بین‌المللی در نظر بگیریم، ایجاب می‌نماید تا مفهوم و ماهیت چنین حقوقی را با نگاه به جایگاه آنها در میان سایر حق‌های بشری مورد مطالعه قرار دهیم. این امر ما را برای شناخت واقعی حقوق بنیادین بشر و پیدا نمودن وجوه اشتراك و افتراق آن با قاعده آمره کمک شایانی می‌نماید.

۶-۲- جایگاه حقوق بنیادین بشر در میان سایر حق‌های بشری

در يك مفهوم کلی، حقوق بشر نظامی است هنجاری که از وظایف و تکالیف متقابل افراد با یکدیگر، افراد با دولت و همچنین دولت‌ها با یکدیگر سخن می‌گوید و روابط آنها با اشیا یا موقعیت‌ها را در چارچوبی هنجاری و باید مدار تنظیم می‌کند. (سیدفاطمی و همکاران: ۱۳۸۶:

ص ۷). از دیدگاه فلسفی و طبیعی، حقوق ۲ موقعیت‌ها را در چارچوبی هنجاری و بایدمدار تنظیم می‌کند. بشر عبارت است از اصولی اخلاقی و عینی که وابسته به ماهیت و طبیعت آفرینش است و عقل می‌تواند آنها را کشف کند؛ چون در دستگاه خلقت و هستی، حقایقی ازلی و ابدی وجود دارد خارج از ذهن و اعتبار انسانی واقعیت دارد. (حییی نجنده: ۱۳۷۹: ص ۸). حقوق بشر عبارت از مجموعه امتیازات متعلق به افراد يك جامعه و مقرر در قواعد موضوعه است که افراد به اعتبار انسانبودن، در روابط خود با سایر افراد جامعه و با قدرت حاکم، با تضمینات و حمایت‌های لازم از ۴ آن برخوردارند (هاشمی: ۱۳۹۳: ص ۱۲). از میان قواعد و هنجارهای یادشده فوق، يك دسته حقوق برجسته تر و غیرقابل نقض یا غیرقابل انحراف اند که به نام قواعد اساسی و بنیادین حقوق بشر یاد میشوند. حقوق، به حقوق اساسی و بنیادین انسان می‌پردازند که فارغ از اختلافات عقیدتی و تفاوت‌های افراد بشر در نژاد، قومیت، ملیت، تابعیت و امثال آنها، وجود آنها ذاتی و طبیعی و رعایت آن الزامی و ضروری است. (پروین: ۱۳۹۵: ص ۱۲). به بیانی دیگر، حقوق بنیادین بشر عبارتند از حقوق ضروری (اساسی) و سایر حقوق بشری از جمله: حقوق جایز (ممکن خاص) که بر این اساس، حقوق ضروری بشر شامل حقوق تضمین شده‌اند و مبنای آنها عقل است و زمان و مکان را نمیشناسند و تمام انسانها در هر حالت آنها را دارا میباشند. در مقابل حقوق جایز بشر دربرگیرنده امتیازاتی هستند که سرنوشتشان را نیازها و ضرورت‌های زمان و مکان و توانمندیهای جوامع انسانی تعیین میکند و مبنای آنها تجربه است. (فلسفی: ۱۳۷۵: ص ۲۲۴). از لحاظ قدرت الزام و ضمانت اجرا نیز حقوق بنیادین بشر غیرقابل تخطی‌اند که نه تنها جوهر و ماهیت آنها خدشه ناپذیر است، بلکه تعهد به اجرا و ضمانت آنها نیز در هر نوع شرایط و زمان غیرقابل نقض است و استثنا را نمیپذیرند. هرچند حقوق بنیادین در تمام اسناد بین‌المللی هم شکل نیستند، در کل دارای مشابهت‌هایی هستند که بر مبنای آن می‌توان آنها را در يك ردیف قرار داد. درحقیقت این حقوق، پدیدآورنده ماهیت حقوق بشری دیگری‌اند که بدون رعایت اینها، رعایت سایر اصول نیز ناممکن به نظر می‌رسد.

حقوق بنیادین بشر دربرگیرنده قواعدی هستند که بر مبنای بند ۲ ماده ۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، طی هیچ نوع شرایطی قابل تعلیق نیستند و هیچ نوع محدودیت را نمی‌پذیرند و هم دولت‌ها نمی‌توانند بر حقوق بنیادین بشر که به عنوان هنجارهای عرفی حقوق بین‌الملل بشری نیز مطرح اند، به صورت مطلق شرط وارد نمایند. (سیدفاطمی: ۱۳۸۲: ص ۴۱).

۳-۶. حقوق بنیادین بشر به مثابه تعهدات عام‌الشمول بین‌المللی

باید اذعان نمود که قواعد بنیادین حقوق بشر در عصر حاضر از جمله تعهدات عام‌الشمول بین‌المللی پذیرفته شده‌اند. چنانچه محکمه بین‌المللی عدالت در قضیه بارسلونا تراکشن منع بردگی، منع تبعیض نژادی، منع تجاوز، قواعد و اصول بنیادین مربوط به حقوق اساسی بشر را به عنوان مصادیق تعهدات عام‌الشمول بین‌المللی معرفی نموده است. تعهدات عام‌الشمول بین‌المللی بدین معنی است که علاوه بر طرف زیان دیده، جامعه بین‌المللی نیز می‌تواند در برابر نقض این تعهدات، به طور انفرادی یا به صورت دسته جمعی واکنش نشان دهد. چون خصوصیت این نوع تعهدات طوری است که در تأمین و استقرار نظم عمومی بین‌المللی خیلی حائز اهمیت است و کلیه دولت‌ها و اشخاص در رعایت چنین تعهدات و تکالیف بین‌المللی ذینفع دانسته شده‌اند. لذا در صورت نقض و تخلف از آنها، مسئولیت بین‌المللی تنها بین دولت خاطی و قربانی مطرح نگردیده، بلکه مطابق نظم نوین بین‌المللی، مسئولیت دولت‌ها، به تناسب نوع و ماهیت تعهد، درقبال کلیه دولت‌ها مورد توجه قرار خواهد گرفت. برای تأیید این مطلب در موارد زیادی قطعنامه‌هایی توسط مجمع عمومی و شورای امنیت سازمان ملل متحد نیز صادر گردیده است که حاوی قواعد بنیادین حقوق بشر میباشند. به عبارت دیگر، در مفهوم عام‌الشمول بودن حقوق بنیادین بشر، افراد به جای اینکه صرفاً به عنوان اتباع دولت‌هایی که در حیطه صلاحیت انحصاری آنها قرار دارند، بیشتر به عنوان اعضای جامعه جهانی تلقی می‌شوند. بنابراین در صورت نقض حقوق بشر، فشار بالای دولت ناقض حقوق بشر هم باید در

بررسی نقش آرا دیوان بین‌المللی دادگستری در تداوم و توسعه و حمایت بین‌المللی ◇ ۵۱

سطوح پایین، از درون مردم و سازمان‌های غیردولتی صورت گیرد و هم از بالا و با اقدام جامعه جهانی و سازمان‌های مدافع حقوق بشر، تا دولت‌ها نتوانند در پناه اصل حاکمیت ملی از اجرای قواعد حقوق بشری مورد تأیید جامعه جهانی سر باز زنند. وجود يك سلسله الزامات موجود بین‌المللی که دولت‌ها را تا حدی به رعایت حقوق بشر وادار میکند، در ذات خود تأثیرگذار و رعایت و تضمین شأن الزامی است. به‌خصوص آن دسته از تعهداتی را که در مورد حقوق بشر، دولت‌ها بنا بر اراده خودشان پذیرفته‌اند. (دانش: ۱۳۹۵: ص ۸۷).

۷. نقش دیوان در توسعه و حمایت بین‌المللی از حقوق بشر

الف) جایگاه رویه قضایی در منابع حقوق بین‌الملل و نقش آن در توسعه و حمایت از حقوق بشر

۷-۱. موانع و امکانات رویه قضایی دیوان

به طور کلی نه دیوان بین‌المللی دائمی دادگستری و نه دیوان بین‌المللی دادگستری هیچکدام دادگاه بین‌المللی حقوق بشری نبوده و نیستند. زیرا که بر اساس بند ۱ ماده ۳۴ اساسنامه فقط دولت‌ها جهت صلاحیت ترافیعی می‌توانند به دیوان رجوع کنند. همچنین به موجب ماده ۹۶ منشور و ماده ۶۵ اساسنامه فقط سازمان‌ها یا مؤسسان تخصصی که منشور ملل متحد به آنها اجازه چنین تقاضائی را بدهد می‌توانند تقاضای رای مشورتی نمایند. در نتیجه اشخاص حقیقی و یا حقوقی تابع دولت‌ها، مستقیماً حق مراجعه به دیوان را ندارند. نکته دیگر اینکه در گذشته مسأله ترکیب اعضاء دیوان بین‌المللی دادگستری مطرح بوده است بدین معنی که تا مدت‌ها از میان مجموعه قضات دیوان کمترعضوی بوده است که در مباحث حقوق بشری چهره شناخته شده بین‌المللی باشد. اما در دو الی سه دهه اخیر این مسأله بهبود یافته است. به عبارت دیگر، در دهه‌های اول عمر دیوان مسائل حقوق بشری در حاشیه کار دیوان قرار داشته است. اما در دهه‌های اخیر به دلیل حضور قضاتی همچون برگنتال کوچمان برونوسیما، خانم هگینز و کانسادو ترینداد و غیره... مباحث حقوق بشری در مرکز توجهات دیوان قرار گرفت. به

علاوه قلت قیود مندرج در عهدنامه‌های حقوق بشری ناظر به صلاحیت دیوان و بیش از حد رضائی بودن صلاحیت آن و حساسیت دولت‌ها نسبت به حاکمیت شان و تمسک آنان به اصل «صلاحیت ملی» خود و محافظه کارانه عمل کردن دیوان همه و همه موانع بر سر راه دیوان در امر رسیدگی به اختلافات حقوق بشری است. طبعاً این قبیل نکات بی تأثیر در تمایل دیوان به رسیدگی به مسائل حقوق بشری نبوده است از طرف دیگر با توجه به مواد ۳۶ اساسنامه دیوان که ناظر به مبانی صلاحیت دیوان است و ماده ۳۸ آن که ناظر به حقوق بین‌الملل، قابل اعمال توسط دیوان است از طریق تفسیر و اجراء معاهدات و رویه دولت‌ها دیوان صلاحیتی عام در رسیدگی به دعاوی حقوقی بین‌المللی داشته و نظر به اینکه نقض الزامات حقوق بشری نقض حقوق بین‌الملل نیز محسوب می‌شود. (human right: ۲۰۰۴: p۸) لذا دیوان می‌تواند تا حدودی به دعاوی مربوط به حقوق بشر هم رسیدگی و اختلافات حقوق بشری را حل و فصل نماید. بالطبع ماده ۳۸ اساسنامه دیوان صلاحیت آن را به اختلافات حقوقی ناشی از تفسیر و اجراء معاهدات تسری می‌دهد که می‌تواند شامل معاهدات رویه دولت‌ها و سایر الزامات حقوق بشری نیز گردد. تعداد معدودی از معاهدات حقوق بشری دارای قیودی هستند که به موجب آنها هر اختلافی میان طرفین درباره تفسیر اجراء و یا اعمال آنها بوجود آید، دیوان بین‌المللی دادگستری صالح به رسیدگی خواهد بود و این امر خود از طرف دیگر بیانگر تمایل جامعه بین‌المللی برای ایفاء نقش مؤثر دیوان در این حوزه است. (karelwellent: ۱۹۹۸: p۶۹۱) از جمله مهمترین این گونه معاهدات می‌توان به موارد زیر اشاره

کرد:

- کنوانسیون ضد بردگی (۱۹۲۶) و پروتکل الحاقی بدان سال ۱۹۵۳ (ماده ۸ الحاقیه).
- کنوانسیون مکمل در مورد الغاء بردگی تجارت برده و نهادها و رویه‌های مشابه بردگی.
- کنوانسیون مربوط به وضعیت افراد فاقد تابعیت (ماده ۳۴).
- کنوانسیون کاهش بی‌تابعیتی (ماده ۱۴).

بررسی نقش آراء دیوان بین‌المللی دادگستری در تداوم و توسعه و حمایت بین‌المللی ◇ ۵۳

کنوانسیون بین‌المللی رفع کلیه اشکال تبعیض نژادی (ماده ۲۲).

کنوانسیون رضایت برای ازدواج حداقل سن ازدواج و ثبت ازدواج ۱۹۵۸ (ماده ۱).

البته باید یادآوری نمود که؛ تعدادی دیگر از معاهدات حقوق بشر سال و کارهای قضایی و شبه قضایی خاص خود را دارا هستند. به طور مثال دیوان اروپایی حقوق بشر برای کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادیهای اساسی سال ۱۹۵۰ (ماده ۱۹) دیوان آمریکایی حقوق بشر برای کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر ۱۹۶۹ ماده (۳۳) دیوان آفریقایی حقوق بشر برای منشور آفریقایی حقوق بشر و ملت‌ها سال ۱۹۸۱ (ذیل ماده (۶۸) و غیره همچنین تعداد دیگری از معاهدات حقوق بشری نهادهای شبه قضایی جهت نظارت بر اجراء مفاد خود پیش بینی نموده که از جمله مهمترین آنها می‌توان به کمیته حقوق بشر برای میثاق حقوق مدنی و سیاسی سال ۱۹۶۶ ماده (۲۸) کمیته اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی برای میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی اجتماعی و فرهنگی سال ۱۹۶۶، کمیته رفع تبعیض نژادی برای کنوانسیون بین‌المللی رفع هر گونه تبعیض نژادی ۱۹۶۵، کمیته رفع تبعیض علیه زنان برای کنوانسیون رفع کلیه اشکال تبعیض نسبت به زنان ۱۹۷۹ و کمیته حقوق کودک برای کنوانسیون حقوق کودک سال و غیره اشاره کرد. (میرعباسی: ۱۳۹۸: ص ۲۲۹).

۲-۷. جایگاه رویه قضائی دیوان در مبحث منابع حقوق بین‌الملل

نکته با اهمیت دیگر جایگاه رویه قضایی دیوان در مبحث منابع حقوق بین‌المللی است همانطور که می‌دانیم منابع اصلی حقوق بین‌الملل عمومی معاهدات بین‌المللی، عرف بین‌المللی و اصول کلی حقوقی شناخته شده است. رویه قضائی دیوان منبع مولد حقوق نیست و به عنوان ابزار و وسایل کمکی اعلام حقوق شناخته شده است و نه بیشتر ماده ۵۹ اساسنامه دیوان می‌گوید: احکام دیوان فقط درباره طرفین اختلاف و در موردی که موضوع حکم بوده الزام آور است. علیرغم صحت نظری این مطلب در عرصه بین‌المللی تصویر چنین نقش ناچیزی برای آراء دیوان بین‌المللی دادگستری

چنانکه دیکسون به درستی بیان داشته به نظر غیر واقع بینانه می‌رسد. نقش تفسیری دیوان بین‌المللی دادگستری در عرصه توسعه و تحول حقوق بشر می‌تواند بسیار مهم حساب با بدین معنا که گرچه دیوان غالباً به استناد هنجارهای از پیش مقرر شده رأی خواهد داد اما این رأی از صافی هاضمه تفسیری قضاوت خواهد گذشت. (dixon, cit, p ۴۵) هاضمه تفسیری قضاوت بی‌تردید نقش مهمی در به فعلیت در آوردن هنجارهای حقوقی خواهد داشت. آنچه در عمل بدان حکم می‌شود و به کامل اجراء می‌شود نه یک قاعده بی‌واسطه و عریان بلکه حقوقی است که قرائت و تفسیر قضاوت از یک هنجار و قاعده است. قرائت و تفسیری که بی‌تردید می‌تواند هم نقش توسعه‌ای و هم نقش تطبیقی نسبت به یک قاعده داشته باشد. دکتر سید فاطمی می‌گوید «کوته» سخن آنکه تصمیمات قضایی که خود محصول درک تفسیری قضاوت از هنجارهای از قبل مقرر شده هستند در طرح و توجیه قرائت و برداشت خاصی از هنجار مؤثر هستند. این تأثیر به تصمیمات قضایی نقش فراتر از نقش اعلامی که گونه‌ای نقش ایجاد می‌دهد داد. (سید محمد قاری و همکاران: ۱۳۸۲ ص ۲۳۱) وی می‌افزاید: «به ویژه در حوزه حقوق بشر که ساحتی تفسیر مدارتر از سایر شعب حقوق بین‌الملل است نمی‌توان از نقش تصمیمات قضایی که در توسعه فرهنگ حمایتی حقوق بشر تأثیر گذار است، غافل بود. با اینکه علماء حقوق نوشته با چنین برداشتی موافق نیستند. (boyle: ۱۹۵۱ p: ۲۹۳) ولی النهایه و بصورتی استثنائی آنها هم می‌پذیرند به عنوان مثال همانطور که ملاحظه خواهد شد نظریه تفسیری دیوان بین‌المللی دادگستری راجع به اعمال حق شرط در ارتباط با کنوانسیون منع نسل‌کشی) ژنوسید (تأثیر عمیق و شگرفی در این راستا داشته است و موجب پیدایش قاعده‌ای شد که در بند ۱) ج (ماده ۱۹ کنوانسیون سال ۱۹۴۹ حقوق معاهدات مدون گردیده است. گفتنی است که این نگاه نظام رویه‌ای کاملاً یا حقوق نوشته انطباق کامل ندارد. اما در عمل و در رویه محاکم بین‌المللی از جمله دیوان بین‌المللی دادگستری طرفداران قابل توجهی دارد (icj, reports, ۱۹۵۱, p ۱۶۰). دیدگاه دادگاه بین‌المللی بر نظریات دانشمندان، موضع تبدیل شدن حقوق بنیادین بشر به قواعد آمره بین‌المللی ظاهراً توسط تعدادی از مهمترین نهادهای بین‌المللی نیز مورد شناسایی قرار گرفته است. چنانچه این موضوع در

بررسی نقش آراء دیوان بین‌المللی دادگستری در تداوم و توسعه و حمایت بین‌المللی ◇ ۵۵

بعضی از آراء دیوان بین‌المللی دادگستری نیز به مشاهده رسیده است. به عنوان مثال، در رأی معروف کانال کورفو دیوان به این مسأله اشاره کرده و عده‌ای از حق‌های بنیادین بشری مانند حق حیات، عدم شکنجه، عدم اعمال رفتار ستمگرانه و عطف به ماسبق نشدن قوانین را جزء قواعد آمره دانسته است. در پرونده شرکت برق بارسلونا تراکشن نیز نظر اکثریت قضات دیوان بر این است که اصول و قواعد مربوط به حقوق بنیادین بشر در زمره قواعد آمره بین‌المللی قرار گرفته‌اند. (مالمیری: ۱۳۸۳: ص ۷۵۱). قاضی تاناکا در رأی جداگانه خود در قضیه افریقای جنوب غربی در سال ۱۹۶۰ نیز چنین نظری را ارائه کرده و قواعد مرتبط با رعایت حقوق بشر را در زمره قواعد آمره دانسته است.

۳-۷. دخالت و تأثیر آراء دیوان در تمهید و تأیید قواعد بنیادین حقوق بشری

دیوان بین‌المللی دادگستری با اجراء حقوق بین‌الملل و عملکرد و رویه دولت‌ها از مجرای تفسیر اولاً: اصول و قواعد بنیادین ناظر به حقوق بشر یعنی قواعد جهان شمول و آمره را مورد تأیید و تأکید مکرر قرار داده است ثانیاً، سایر قواعد حقوق بشری یعنی قواعد عادی را هم مورد حکم قرار داده است.

۴-۷. تأیید قواعد عادی حقوق بشری در آراء و نظریات دیوان

همان طور که دیدیم در سال ۱۹۷۰ برای اولین بار دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه بارسلونا تراکشن بوده که دو گونه قواعد حقوق بین‌الملل را شناسائی و تفکیک قرار می‌دهد.

(icj:report:۱۹۷۰:p۳۲)

۱. تعهداتی که دولت‌ها در مقابل دولتی دیگر می‌پذیرند.

۲. تعهداتی که یک دولت در مقابل کل جامعه بین‌المللی به عنوان مجموعه‌ای واحد متقبل می‌شود تعهدات دسته اول که همان تعهدات عادی است از قبیل الزاماتی که در چارچوب حمایت‌های دیپلماتیک کنسولی و تجاری مطرح می‌شوند هستند یعنی الزاماتی که همه دولت‌ها در رعایت نمودن آن متعهد نیستند مگر اینکه ثابت شود برای ارائه چنین تقاضائی واجد

صلاحیتند. زیرا در حقوق بین‌الملل قواعد مربوط به حمایت‌های دیپلماتیک کنسولی و تجاری موکول به رعایت ضوابط خاصی است. دیوان در این باره می‌گوید: «تعهداتی که رعایت آنها در چارچوب حمایت دیپلماتیک تضمین شده در دسته تعهدات جهانشمول قرار نمی‌گیرد. زیرا یک دولت نمی‌تواند متقاضی جبران خسارتی بابت نقض یکی از تعهدات مربوط به حمایت دیپلماتیک شود قبل از آنکه ثابت نماید که در آن مورد حق داشته است. چرا که این گونه قواعد دارای دو شرط می‌باشند: یکی آنکه دولت خواننده تعهدی را در مقابل دولت دیگر نسبت به اتباع آن دولت نقض کرده باشد و دیگر آنکه فقط طرفی که به نفع آن چنین تعهدی وجود دارد می‌تواند به دلیل نقض آن اقامه دعوا نماید» «لذا، اغلب الزامات ناشی از عهدنامه‌های دو جانبه و چند جانبه که بر اساس» اصل رفتار متقاب معنادار شده‌اند، مشمول چنین وضعی هستند مانند الزامات ناشی از عهدنامه‌های مودت، اقتصادی کنسولی فرهنگی و غیره. می‌توان خاطر نشان ساخت که این گونه الزامات بین‌المللی در بعد کمی نسبت به الزامات جهانشمول به مراتب بیشتر هم هستند دیوان بین‌المللی دادگستری به مناسبت پرونده‌های مختلفی که رسیدگی نموده بعضی از این دسته از الزامات یعنی الزامات عادی حقوق بشری بذل توجه نموده است. مواردی که ذیلاً فقط نام برده می‌شود، بیانگر بخشی از نگاه دیوان بین‌المللی دادگستری به این گونه الزامات عادی حقوق بشری می‌باشد. از جمله پرونده نوته بام راجع به تابعیت مؤثر در وجود تابعیت مضاعف پرونده‌های دولاتوره ناظر به حق پناهندگی سیاسی که دیوان آن را ملهم از یک سنت سیاسی کشورهای آمریکای لاتین می‌داند و نیز پرونده بارسلونا تراکشن صدرالذکر در باب حمایت‌های دیپلماتیک و کنسولی و... در نتیجه این دسته از الزامات بین‌المللی را نه می‌توان جزء قواعد آمره بین‌المللی دانست و نه حتی برخی از آنها را جزء قواعد عرفی عام محسوب کرد.

نتیجه گیری

همانگونه که قبلاً گفته شد وقتی از حقوق بشر صحبت می‌شود مفاهیم متعددی به ذهن متجلی می‌شود. منظور از حقوق بشر می‌تواند حقوق اخلاقی جهانی باشد که به صورت برابر متعلق به همه انسان‌ها بخاطر انسان بودنشان بدون در نظر گرفتن ویژگی‌های مثل نژاد، مذهبی، زبان، ملیت، جنس، منشأ قومی اموال یا روابط و اموری از این قبیل است. یکی از اهداف سازمان ملل متحد دفاع از حقوق بشر بوده است. اهداف اصلی این سازمان ایمان به حقوق بنیادین بشر، تشویق و ترویج احترام به حقوق بشر، آزادی‌های اساسی، رعایت آن‌ها برای توسعه و همکاری بین‌المللی در زمینه اقتصادی اجتماعی فرهنگی آموزشی ترویج استانداردها بالای زندگی ایجاد اشتغال و.. است. برای نیل به این اهداف در منشور و اسناد دیگر میثاقین (حقوق مدنی و سیاسی و میثاق اقتصادی اجتماعی فرهنگی) که با تلاش آن سازمان بوجود آمدند. دیوان بین‌المللی دادگستری به عنوان یک رکن قضایی یکی از ابزارهای مؤثر قانونی جهت تضمین این حق در نظر گرفته شده است گرچه این وظیفه به صورت غیر مستقیم و ضمنی انجام می‌شود دیوان موظف است به دعاوی مطروحه از جمله دعاوی مربوط به حقوق بشر طبق اساسنامه رسیدگی کند. بر اساس مواد ۳۶ و ۳۸ اساسنامه دیوان می‌تواند معاهدات من جمله معاهدات مربوط به حقوق بشر را تفسیر نماید. از بررسی آرای صادره استنتاج می‌شود که از نظر دیوان حقوق بشر جهانی است. بدون تردید دیوان بین‌المللی دادگستری نه تنها یک مرجع قانونگذاری است، بلکه انتظار می‌رود که به وضع قانون اقدام نماید. اما بدون تردید می‌تواند از طریق کشف قواعد حقوقی و تفسیر و تبیین آنها به توسعه حقوق کمک کند. هرچند دیوان، به عنوان یک دادگاهی که وظیفه‌اش حل و فصل اختلافات دوجانبه واقعی بین کشورهاست، باید به موضوعات حقوق بشر توجه نماید. و همچنین دیوان، با آگاهی از رشد اهمیت موضوع حقوق بشر در جوامع بین‌المللی و خدمات بالقوهای که می‌تواند در این حوزه به توسعه حقوق ارایه نماید، از ضرورت تقویت توانایی خود برای رسیدگی به پرونده‌های مربوط به اختلافاتی که

مشخصاً مرتبط با توسعه حقوق بشر هستند، آگاه می‌باشد. در نهایت باید گفت هر چند دیوان در مواردی دچار ملاحظه کاری در پرداختن صریح به موارد نقض حقوق بشری و نقض این تعهدات گردیده است اما در يك برآیند کلی از آراء دیوان به این نتیجه می‌توان رسید که همگام با ارتقاء جایگاه فرد در روابط بین‌الملل و خارج شدن مسأله حقوق بشر افراد از صلاحیت انحصاری حاکمیت ملی دولت‌ها، دیوان به عنوان رکن قضایی سازمان ملل متحد نقش سازنده‌ای در توسعه و ارتقاء حقوق بشر داشته است.

منابع و مأخذ

۱. همایون حبیبی؛ سوده شاملو، نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در توسعه حقوق بین‌الملل. فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال پانزدهم، شماره، ۴۱ زمستان ۱۳۹۲.
۲. پروین، خیرالله و محمد رضا تجلی، (۱۳۹۵)، مبنا و منشأ نظام بین‌المللی حقوق بشر و نظام حقوق بشر اسلامی، تهران: خرسندی.
۳. پژمان الهامی (چهارم) سال جله علمی فقه، بررسی نقش آرای دیوان بین‌المللی دادگستری در توسعه حقوق بشر حقوق و علوم جزا / ۴۲ - ۱۳ ص ۱۳۳۱ پاییز / ۳۱ شماره.
۴. سیدفاطمی، سید محمد قاری، (۱۳۸۲)، حقوق بشر در جهان معاصر، جلد ۱، تهران: انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، چاپ اول.
۵. هاشمی، سیدمحمد، (۱۳۹۳)، حقوق بشر و آزادی‌های اساسی، تهران: میزان، چاپ دوم.
۶. حبیبی مجنده، محمد، (۱۳۷۹)، مبانی فلسفی حقوق بشر، مجله نامه مفید، شماره، ۲۲.
۷. خوزه جیل، آمپاروسان، (۱۳۷۹)، مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها در قبال نقض حقوق بشر، ترجمه ابراهیم بیگزاده، مجله تحقیقات حقوقی، بهار و تابستان، شماره ۲۹ و ۳۰.
۸. دانش، محمداسحاق (۱۳۹۵)، تعهدات دولت‌ها در قبال حقوق بشر، مجله گوهرشاد، زمستان، شماره ۲.
۹. ذاکریان، مهدی، (۱۳۷۹)، فراگرد تبدیل قواعد بنیادین حقوق بشر به قواعد آمره، مجله سیاست خارجی، زمستان، شماره ۴.
۱۰. زمانی، سید قاسم، (۱۳۷۷)، جایگاه قواعد آمره در میان منابع حقوق بین‌الملل، مجله حقوق بین‌المللی، بهار و تابستان، شماره ۲۲.
۱۱. سید فاطمی، سید محمد قاری، (۱۳۸۲)، معاهدات حقوق بشری، فضایی متفاوت، مجله خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۲۸.

۱۲. شریفیان، جمشید، (۱۳۸۰)، بین‌المللی شدن حقوق بشر، مجله سیاست خارجی، شماره ۳.
۱۳. فلسفی، هدایت ا...، (۱۳۷۵)، جایگاه بشر در حقوق بین‌الملل معاصر، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۸.
۱۴. موسوی فرد. سید وحید؛ نیکنام؛ محمدرضا، (۱۳۹۵)، جایگاه و نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در چارچوب حقوق بین‌الملل از نظر طبیعت گراها و پوزیتیویست‌ها؛ سومین کنفرانس بین‌المللی پژوهش‌های نوین؛ مدیریت: اقتصاد؛ علوم انسانی.
۱۵. مرکز مالگیری، احمد، (۱۳۸۳)، محدودیت‌های اعمال حقوق بشر در حقوق داخلی و کنوانسیون‌های بین‌المللی، مجله مطالعات راهبردی، شماره ۴.
۱۶. جلالی، محمود، احمد، خنیف، (۱۳۹۹)، لزوم بازخوانی مفهوم حقوق بنیادین بشر به عنوان قاعده‌آمره بین‌المللی.
۱۷. بیگزاده، ابراهیم؛ حمایت کنسولی از اتباع، فصلنامه سیاست خارجی، سال بیستم، شماره.
۱۸. سواری، حسن، سال‌های هسته‌ای نقطه تالیفی حقوق توسل به زور و حقوق بشر دوستانه بین‌المللی در پرتو رأی مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۵.
۱۹. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۷۵)، تدوین حقوق بشر دوستانه ی بین‌المللی و مفهوم اسالمی آن، مجله ی تحقیقات حقوقی، شماره ۵۳.

-In this direction see: john r. crook:the international court of justice and human right,in:new York university journal of human right ,۲۰۰۴.vol. pp۱-۸

-See: Rosalin higgins: the international court of justice and human rights: in international law: theory and practice, essays in honor of eric suy, ed, by: karel wellens, Martinus nijhoff pub,۱۹۹۸, pp۶۹۱-۷۰۵

بررسی پیشگیری وضعی از قاچاق زنان و کودکان در اسناد بین‌المللی در مقایسه با حقوق جمهوری اسلامی ایران ◇ ۶۱

-See: Martin Dixon: textbook on international law, Oxford University Press, sixth edition, ۲۰۰۷, p ۴۳

-M. Dixon, op, cit, p ۴۵

-Boyle: the making of international law, op, cit, pp ۲۹۳-۳۰۰

-See: icj, reports, ۱۹۵۱, p ۱۶

-See: icj: a dialogue at the court unitar, ۲۰۰۰, p ۳۵

-Barcelona traction case

-M. Ragazzi: the concept of international obligation erga omnes, Oxford, ۲۰۰۰, p ۱

-Ibid, para, ۱۵۷

-Annuaire de l'institut de droit international, session de Berlin, vol. ۶۸, ۱۹۹۹, p ۳۹۲

بررسی مصادیق مهدورالدم با تأکید بر مواد ۳۰۲ و ۳۰۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

مهسا صدیقی سنگچال^۱؛ سید امیر حسین میر قاسمی^۲



چکیده

اسلام برای حفظ حیات انسان اهمیت بسزایی قائل است تا آن جا که کشتن یک انسان محقون الدم را همسان با کشتن تمامی افراد روی زمین و هم ردیف نابودی با نسل بشر می‌داند. اصل بر محقون الدم بودن و احترام خون انسان است و خلاف آن طبق ماده ۳۰۳ ق.م.ا نیازمند اثبات است. در واقع قانون گذار ما؛ در ماده ۳۰۲ ق.م.ا قتل مهدورالدم را، توسط اشخاص عادی غیر از ضابطین را در صورت اثبات مهدورالدم بودن پذیرفته است. این مقاله بدنبال بررسی این نکته می‌باشد که جایز دانستن قتل اشخاص مهدورالدم توسط اشخاصی غیر از ضابطین، زمینه را برای هرج و مرج فراهم می‌آورد. زیرا قانون گذار خود در اصل ۳۶ ق.ا و ماده ۱۲ ق.م.ا، قانونی

۱. دانشجوی کارشناسی رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده فارابی دانشگاه تهران

mahsa.sedighi۸۳۸@gmil.com.

۲. دانش آموخته کارشناسی ارشد رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده فارابی دانشگاه تهران

.Sydahm۷۵@gmil.com

بررسی مصادیق مهدورالدم با تأکید بر مواد ۳۰۲ و ۳۰۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ◇ ۶۳

بودن مجازات را پذیرفته است. فردی که مرتکب قتل مهدورالدم می‌شود در صورت اثبات مرتکب به قصاص محکوم نمی‌شود ولی اگر ثابت شود اشتباها این اقدام از او سرزده است مرتکب علاوه بر دیه به مجازات تعزیرات هم محکوم می‌گردد... همچنین مهدورالدم دارای انواع مختلف و آثار متفاوتی می‌باشد که در این مقاله مورد بررسی قرار گرفته است و ابعاد مختلف آن با ذکر آیات، مصادیق، تعارضات این قاعده با قوانین و... بیان شده است. روش مورد استفاده در مقاله کتابخانه‌ای، با مطالعه در منابع مختلف گردآوری شده است.

واژگان کلیدی: ماده ۳۰۲ ق.م.ا، ماده ۳۰۳ ق.م، مصوب ۱۳۹۲، بررسی مصادیق.

مقدمه و بیان مسأله

در آغاز شکل‌گیری حکومت اسلامی به علت نوپا بودن جامعه اسلامی و به همین سبب این حکومت هنوز قدرت اجرایی لازم برای به ثمر رساندن احکام اسلامی در جامعه را نداشته است. برخی احکام در آن زمان با توجه به مصلحت آن زمان وضع شده بود و از مردم به عنوان بازوی اجرایی حکومت برای به انجام رسانیدن احکام و قوانین اسلامی استفاده می‌شده است. یکی از جمله این قوانین، مهدورالدم می‌باشد که در آن همه مسلمانان بدون نیاز به اذن امام و حکم دادگاه احکام اسلامی را در جامعه اجرا می‌کردند. به عنوان مثال ولی دم اختیار داشت قاتل را قصاص کند یا موارد دیگری از جمله هدر بودن خون کافر حربی، مرتد فطری، سبب النبوی و... ولی با گذشت زمان و قدرت پیدا کردن حکومت اسلامی و جامعه اسلامی و برپایی دادگاه طبق قوانین اسلام و ایجاد فضا و بستری مناسب برای دریافتن احکام الهی در دادگاه‌ها به نظر می‌رسد اجرای احکام الهی توسط مردم دیگر توجیه عقلانی چندانی نداشته باشد و اگر چه که درست است اجرای احکام توسط همه مسلمانان سبب برقراری عدالت در آن موضوع خاص می‌شود ولی به طور کلی این قاعده برای آن زمان مناسب بوده است و در حال حاضر با عنایت به توضیحاتی که بیان شد سرانجام رسانیدن احکام روز قوانین الهی توسط مردم بدون حکم دادگاه که قطعی شده و به مرحله‌ی اجرای احکام رسیده باشد، سبب بی‌نظمی در جامعه، هرج و مرج، بی‌اعتمادی به دستگاه قضا و آسیب‌های فراوان دیگری می‌گردد. و این در قانون هم به نوعی اشاره شده است. گفتنی است که اگر ولی دم قاتل را بدون حکم دادگاه قصاص کند به خاطر جنبه عمومی جرم مورد مجازات قرار می‌گیرد به عبارت دیگر قاعده مهدورالدم به افراد اجازه می‌دهد بدون حکم دادگاه احکام الهی را در جامعه پیاده کنند و در مملکت ما با توجه به برپایی دادگاه بر طبق مبانی اسلامی و اینکه قوانین به صورت منظم و مدون در دادگاهها اجرا می‌شود ممکن است حتی اجرای قاعده مهدورالدم از موانع حاکمیت قانون در جامعه به شمار برود و در نتیجه بهتر است تا جای ممکن

بررسی مصادیق مهدورالدم با تأکید بر مواد ۳۰۲ و ۳۰۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ◇ ۶۵

این قاعده تفسیر مضیق و محدود شود و این مهم حاصل نمی‌شود مگر با انجام پژوهش‌هایی از این قبیل که برای بررسی ابعاد مختلف این موضوع در این پژوهش به آن پرداخته‌ایم.

۱. مفهوم شناسی

۱-۱. معنای لغوی و اصطلاحی مهدورالدم

مهدورالدم از ریشه هدر به معنای باطل شدن و ضایع گردیدن می‌باشد. (عباسی، ۱۳۹۸، ص. ۲). در قوانین فقهی اصطلاح مهدورالدم به کسی گفته می‌شود که شرعاً مستحق کشته شدن است یعنی کسی که ریختن خون او مجاز است. همچنین است که محقق حلی مهدورالدم را اینگونه تعریف کرده است: «هرکس که ریختن خون او را مباح دانسته است. (احمدلو و دیگران، ص. ۳).

۲-۱. معنای لغوی و اصطلاحی محقون الدم

محقون الدم در لغت: رهاشده شده از قتل. (لغت نامه دهخدا، ص. ۲۶). در اصطلاح به معنای کسی است که مستحق مردن نیست و قانون کشتن او را جرم و مستحق قصاص و دیه می‌داند هرچند ممکن است مجرم باشد زیرا یکی از شرایط قصاص قاتل هدر نبودن خون مقتول می‌باشد. این در حالی است که مهدورالدم اگر کشته شود جنایت موجب قصاص و دیه رخ نداده است. در واقع محقون الدم مقابل مهدورالدم است. (حاجی ده آبادی، ۱۴۰۱، ص. ۴۲ و ۴۳).

۲. ادله فقهی در باب مهدورالدم

۱-۲. آیه ۳۳ سوره اسراء.

﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾^۱

۱. « و نفسی را که خداوند حرام کرده است جز به حق مکشید ، و هر کس مظلوم کشته شود به سرپرست وی قدرتی داده ایم ، پس { او } نباید در قتل زیاده روی کند ، زیرا او { از طرف شرع } یاری شده است. »

در این آیه از قرآن، در میان آیاتی قرار دارد که به حرمت قتل فرزندان، زنا، قتل، کم فروشی و اهمیت اموال یتیمان و وفای به عهد می‌پردازد. تنها به برخی از آن، که مرتبط با عنوان است. در این نوشتار بررسی می‌شود. خداوند در این آیه در راستای بیان این نکته است که خون انسان‌ها محترم است. زیرا مفسران پیام اصلی این آیه را بیان حرمت قتل انسان‌ها دانسته‌اند. در ادامه آیه با بیان «إِلَّا بِالْحَقِّ»، می‌افزاید جز در موارد خاص هیچ فردی نباید دست به کشتن فردی بزند. با عبارت «فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا»، افرادی را که در دوران جاهلیت افراد زیادی از قبیله قاتل می‌کشتند نهی می‌کند. زیرا این حق انحصاری است.

۲-۲. آیه ۶۸ سوره فرقان

﴿وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا﴾^۱

با آوردن قید «إِلَّا بِالْحَقِّ»، بیان می‌دارد: قتل در مواردی نه تنها لازم است بلکه حق نیز می‌باشد. از جمله: قصاص قاتل، زنا با محارم، زنا کافر با زن مسلمان، زناکاری که زن را مجبور کند، مدعی نبوت، سب و توهین و دشنام به پیامبر و ائمه اطهار (علیهم‌السلام)، مسلمانان ساحر، مفسد و محارب، کسی که بر امام عادل زمان خروج کند و مشرک محارب.

۲-۳. آیه ۹۲ سوره نساء

﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةً وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾^۲

۱. «و آنان هستند که با خدای یکتا کسی را شریک نمی‌خوانند و نفس محترمی را که خدا حرام کرده جز به حق به قتل نمی‌رسانند، و هرگز گرد عمل زنا. نمی‌گردند، که هر که این عمل کند کیفر گناهش را خواهد دید».

۲. «هیچ مؤمنی را نرسد که مؤمن دیگری را به قتل رساند مگر آنکه به اشتباه و خطا مرتکب آن شود، و در صورتی که به خطا هم مؤمنی را مقتول ساخت. باید (به کفاره آن) بنده مؤمنی را آزاد کند و خونبهای آن را به صاحبش تسلیم

بررسی مصادیق مهدورالدم با تأکید بر مواد ۳۰۲ و ۳۰۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ◇ ۶۷

این آیه در صد بیان پیام های می باشد. همچون؛ قتل بی گناه در اسلام حرام است. احترام جان مسلمان تا حدی است که از قتل خطایی هم نمی توان به آسانی گذشت. پس در نتیجه: جان انسان محترم است و نباید نادیده گرفته شود.

۳. ماده ۳۰۲ ق.م.ا.مصوب ۱۳۹۲

ماده ۳۰۲ ق.م.ا: در صورتی که مجنی علیه دارای یکی از حالات زیر باشد مرتکب به قصاص و پرداخت دیه محکوم نمی شود.

الف) مرتکب جرم حدی که مستوجب سلب حیات است.

ب) مرتکب جرم حدی که مستوجب قطع عضو است مشروط بر اینکه جنایت وارد شده بیش از مجازات حدی او نباشد در غیر اینصورت مقدار اضافه بر حد حسب مورد دارای قصاص و یا دیه و تعزیر است.

پ) مستحق قصاص نفس یا عضو فقط نسبت به صاحب حق قصاص و به مقدار آن قصاص نمی شود.

ت) متجاوز و کسی که تجاوز آن قریب الوقوع است و در دفاع مشروع به شرح مقرر در ماده (۱۵۶) این قانون جنایتی بر او وارد شود.

ث) زانی و زانیه در حال زنا نسبت به شوهر زانیه در غیر موارد اکراه و اضطرار به شرحی که در قانون مقرر است.

تبصره ۱- اقدام در مورد بندهای (الف)، (ب) و (پ) این ماده بدون اجازه دادگاه جرم است و مرتکب به تعزیر مقرر در کتاب پنجم «تعزیرات» محکوم می شود.

نماید مگر آنکه دیه را ورثه (به قاتل) ببخشند. و اگر مقتول مؤمن از قومی باشد که با شما دشمن و محارمند، قاتل دیه ندهد، لیکن بر او است که بنده مؤمنی را آزاد کند، و اگر مقتول از قومی است که بین شما با آنها پیمان برقرار بوده پس خونبها را به صاحب خون پرداخته و بنده مؤمنی (به كفاره آن) آزاد کند، و اگر (بنده ای) نیابد بایستی دو ماه متوالی روزه دارد. این توبه ای است که از طرف خدا پذیرفته است و خدا دانا و حکیم است.»

تبصره ۲- در مورد بند (ت) چنانچه نفس دفاع صدق کند ولی از مراتب آن تجاوز شود قصاص منتفی است لکن مرتکب به شرح مقرر در قانون به دیه و مجازات تعزیری محکوم می‌شود. الف) حالت: استفاده از واژه حالات به این دلیل است که در همه موارد مندرج در ماده محکوم نشدن مرتکب به قصاص و دیه به لحاظ ارتکاب جرم از سوی مجنی علیه نیست مانند تجاوز قریب الوقوع در دفاع.

ب) مرتکب: منظور از واژه مرتکب کسی می‌باشد که علیه کسانی مرتکب جنایت می‌شود که دارای یکی از حالات مذکور در بند های پنج گانه هستند ولی واژه «مرتکب» در بند های الف) و ب) ماده ۳۰۲ ق.م.ا مترادف «مجنی علیه» مورد استفاده قرار گرفته است.

پ) شخصیت مرتکب: مخاطب قانون گذار «مرتکب» در صدر ماده مذکور حسب مورد متفاوتند و واکنش های قانونی علیه آنان نیز یکسان نیست.

ت) نوع جنایت ارتكابی: نوع جنایت ارتكابی علیه اشخاص موضوع ماده ۳۰۲ عمدی است و چنانچه علیه آنان غیر عمدی باشد به طریق اولی دیه‌ای تعلق نخواهد گرفت هر چند منعی برای محکومیت او به جنایت غیر عمدی و اعمال تعزیر وجود ندارد.

ث) جنایت: استفاده از واژگان قصاص و دیه در صدر ماده ۳۰۲ ق.م.ا اعم از آن است که جنایت واقع شده بر مجنی علیه جنایت بر نفس یا عضو باشد.

ج) اثبات حالت: اجازه قانون گذار به ارتکاب جنایت در ماده ۳۰۲ ق.م.ا منصرف از آن است که ارتکاب جرم از سوی مجنی علیه در دادگاه ثابت شده باشد. در هر حال مرتکب جنایت در این ماده باید صدق حالت مجنی علیه با یکی از مصادیق مذکور در این ماده را در دادگاه ثابت نماید.

چ) معافیت و وصف مجرمانه: معافیت مرتکب در این ماده از قصاص و دیه در هیچ یک از مصادیق به معنای جرم نبودن جنایت ارتكابی و به تبع آن معافیت از تعزیر نیست و حسب مورد اقدام مجرمانه می‌تواند منتهی به تعزیر گردد. البته به استثنای بند های (ت و ث) که تعزیر نیز منتفی است. به عبارت دیگر؛ معافیت از مجازات به دلیل جرم نبودن رفتار ارتكابی نیست.

(آقای نیا، ۱۳۹۹، ص. ۲۶۸، ۲۶۷، ۲۶۶).

۴. مصادیق مهدورالدم

– مهدورالدم شرعا مستحق کشتن است و از حمایت جامعه اسلامی به عنوان یک نفس محترم و محقون الدم محروم می‌باشد. اشخاصی که مهدورالدم نامیده می‌شوند را می‌توان به دو گروه تقسیم کرد: افرادی که در مقابل همه مسلمین مهدورالدم تلقی می‌شوند «مهدورالدم مطلق» به بیان دیگر؛ به این اشخاص واجب القتل می‌گویند که توسط همه مردم جایز است اما گروه دیگر؛ «مهدورالدم نسبی» نامیده می‌شود که جنایت توسط کسانی که در مقام دفاع از جان و ناموس خود در مقابل آنها اقدام می‌کنند جایز و مباح می‌باشد. این تاسیس بعد از انقلاب رواج یافت، البته در سال‌های متمادی که قوانین تغییر می‌کرد این مورد هم با تحولاتی مواجه بود که در نهایت در ماده ۳۰۲ ق.م.ا.مصوب ۱۳۹۲ اشخاص مهدورالدم مورد احصا قرار گرفته است. مطابق ماده ۳۰۲ ق.م.ا.مصوب ۱۳۹۲ مهدورالدم مطلق عبارتند از: (۱) مستحق قصاص نفس یا عضو فقط نسبت به صاحب حق قصاص و به مقدار آن قصاص نمی‌شود. (۲) زانی و زانیه در حال زنا نسبت به شوهر زانیه. مهدورالدم نسبی عبارتند از: (۱) مرتکب جرایم حدی که مستوجب سلب حیات است. (۲) جرایم حدی که مستوجب قطع عضو است. (۳) متجاوز و کسی که تجاوز او قریب الوقوع است و در دفاع مشروع به شرح مقرر در ماده «۱۵۶» این قانون جنایتی بر او وارد شود. (نجفی توانا، ۱۴۰۰، ص. ۱۹۲)

۵. اشتباه در تشخیص مهدورالدم

ماده ۳۰۳ ق.م.ا. هر گاه مرتکب، مدعی شود که مجنی علیه، حسب مورد در نفس یا عضو مشمول ماده (۳۰۲) این قانون است یا وی با چنین اعتقادی، مرتکب جنایت بر او شده است این ادعا باید طبق موازین در دادگاه ثابت شود و دادگاه موظف است نخست به ادعای مذکور رسیدگی کند. اگر ثابت نشود که مرتکب بر اساس چنین اعتقادی، دست به جنایت زده و مجنی علیه نیز موضوع ماده (۳۰۲) نباشد مرتکب علاوه بر پرداخت دیه به مجازات مقرر در کتاب پنجم «تعزیرات» نیز محکوم می‌شود.

۱-۵. هرگاه جانی شخصی را که واقعا مهدورالدم است و یا تصور می‌کند که مهدورالدم است مورد هدف قرار دهد ولی بر اثر خطا در هدف‌گیری موجب ورود جنایت به شخص دیگری که مهدورالدم نمی‌باشد شود جنایت وی مشمول ماده ۲۹۶ ق.م.ا و در نتیجه خطای محض خواهد بود زیرا وی در انجام فعل خود علیه مجنی علیه عامد نبوده است.

۲-۵. هرگاه جانی انسان محقون‌الدمی را مورد هدف قرار دهد ولی بر اثر خطا در هدف‌گیری جنایت به شخص مهدورالدمی وارد شود عمل مرتکب مشمول ماده ۲۲۶ و قسمت اخیر تبصره ۲ ماده ۲۹۵ خواهد بود یعنی قصاص و دیه از او ساقط می‌شود زیرا در هر حال انسان مهدورالدمی به قتل رسیده است و برای چنین قتلی نه قصاص ثابت می‌شود و نه دیه. البته امکان محکوم کردن مرتکب به شروع به قتل شخص محقون‌الدم در صورت وجود شرایط آن طبق ماده ۶۱۳ است.

۳-۵. گاه اعتقاد نادرست جانی نسبت به مهدورالدم بودن قربانی ناشی از یک اشتباه حکمی است که با یک اشتباه در هویت توأم می‌شود. چون در این حالت شخص جانی فردی را که عملاً کشته مهدورالدم پنداشته است عمل وی مشمول تبصره ۲ ماده ۲۹۵ و در نتیجه به منزله خطای شبهه عمد خواهد بود.

۴-۵. گاه اعتقاد نادرست جانی نسبت به مهدورالدم بودن قربانی ناشی از یک اشتباه موضوعی است که با یک اشتباه در هویت توأم می‌شود. حکم این مورد نیز مثل مورد قبل است زیرا در هر حال قاتل برادر الف را به تصور مهدورالدم بودن کشته و در نتیجه عمل وی مشمول تبصره ۲ ماده ۲۹۵ و به منزله شبهه عمد است. (میرصادقی، ۱۳۸۷، ص. ۳۳۲).

۶. ملاک تشخیص مهدورالدم

مجازات اشخاص بر عهده حاکم است و مردم چنین حقی ندارند بلکه اگر مردم خودسرانه اقدام به مجازات یکدیگر نمایند موجب هرج و مرج و بی‌نظمی در جامعه می‌شود. در جهانی

بررسی مصادیق مهدورالدم با تأکید بر مواد ۳۰۲ و ۳۰۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ◇ ۷۱

که تكثر افكار و گوناگونى دیدگاه‌هاى دینى حتى در چهارچوب یک مذهب واحد موجب برداشت‌ها و تفاسیر متعدد در یک امر واحد می‌شود. چگونه می‌توان اجازه داد در جامعه‌ای که نظام قضایی و نیروهای انتظامی و ضابطین بر تمام امور اشراف دارند افراد معمولی با تعقل فردی و عقیدتی فردی را مهدورالدم تلقی و قصاص قبل از قضاوت قانونی و شرعی که از وظایف حاکمیت و جلوه‌های اقتدار آن است اعمال نفوذ کنند. (نجفی توانا، ۱۴۰۰، ص. ۵۰۴). حال سوالی که به ذهن خطور می‌کند این است؛ حضور ضابطین و... چه نفعی دارد. زیرا؛ با وجود صلاحیت نظام قضایی و ضابطین ولیکن افراد عادی می‌توانند شخص مهدور را به قتل برسانند و چگونه قانون گذار که خود خواستار تحقق یافتن نظم عمومی در جامعه است می‌تواند این امر را بپذیرد و سکوت اختیار کند.

۷. پیامد مهدورالدم بودن در قصاص، دیه و تعزیر

قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۰ حکم مذکور را حذف نمود. اما وقتی قانون برای بررسی مجدد از رئیس جمهور پس گرفته شد و به مجلس مسترد گردید ماده ۳۰۳ که مفاد تبصره ماده ۲۹۵ ق.م.ا. ۱۳۷۰ را بیان می‌کند به قانون ۱۳۹۲ اضافه شد. به موجب این ماده اگر قاتل مهدورالدم بودن مقتول را ثابت کند از مجازات قصاص و دیه معاف می‌شود اما اگر مهدورالدم بودن را ثابت نکند و اعتقاد خود به مهدورالدم بودن را ثابت نکند و اعتقاد خود به مهدورالدم بودن را ثابت نماید عمل وی قتل غیر عمدی به حساب می‌آید. ماده ۲۲۶ ق.م.ا. مصوب ۱۳۷۰ در این خصوص مقرر داشت: قتل نفس در صورتی موجب قصاص است که مقتول شرعاً مستحق کشتن نباشد و اگر مستحق قتل باشد قاتل باید استحقاق قتل او را طبق موازین در دادگاه اثبات کند. از ظاهر این ماده چنین بر می‌آید که مهدورالدم بودن مقتول یکی از معاذیر معاف کننده مجازات است. اما ماده ۳۰۳ ق.م.ا. ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد: هر گاه مرتکب مدعی باشد که مجنی علیه حسب مورد در نفس یا عضو مشمول ماده ۳۰۲ این قانون است یا وی با چنین

اعتقادی مرتکب جنایت بر او شده است، این ادعا باید طبق موازین در دادگاه ثابت شود و دادگاه موظف نخست به ادعای مذکور رسیدگی کند. اگر ثابت نشود که مجنی علیه مشمول ماده ۳۰۲ است و نیز ثابت نشود که مرتکب جنایت شده است مرتکب به قصاص محکوم می‌شود ولی اگر ثابت شود که به اشتباه با چنین اعتقادی دست به جنایت زده و مجنی علیه نیز موضوع ماده ۳۰۲ نباشد مرتکب علاوه بر پرداخت دیه به مجازات مقرر در کتاب پنجم محکوم می‌شود. ظاهر این ماده دلالت بر آن دارد که مهدورالدم بودن مقتول یکی از علل موجهه ی جرم می‌باشد زیرا دیه نیز که خسارت مدنی است منتفی می‌باشد و بر همین اساس عده‌ای آن را جز علل موجهه جرم می‌دانند. (زراعت، ۱۳۹۴، ص. ۱۸۰).

۸. مبنای معافیت مرتکب از قتل مهدورالدم از منظر فقه اسلامی

مهم‌ترین مبنای معافیت قاتلی که مرتکب قتل انسان مهدورالدمی می‌شود، روایات شرعی است که از جمله قصاص کننده ملزم به پرداخت دیه نمی‌دانند یا مسئولیتی بر عهده دفع کننده قرار نداده‌اند یا زنی را که در مقام دفاع سارق را به قتل می‌رساند فاقد مسئولیت می‌دانند. کتابهای فقهی که قید «عدواناً» را برای تعریف قتل عمدی آورده‌اند اشاره به این علت دارند زیرا قتل شخص مهدورالدم از مصادیق قتل عدوانی نمی‌باشد. (زراعت، ۱۳۹۴، ص. ۱۹۰ و ۲۰۰).

۹. تعارض مبنای مهدورالدم و مصادیق آن با قانون مجازات اسلامی

۹-۱. اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها: اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها درصدد بیان این معناست هیچ عملی جرم محسوب نمی‌شود مگر اینکه قانون گذار آن را جرم انگاری کرده باشد و برای آن عمل مجازات تعیین نموده باشد. «ماده ۱۲ ق.م.ا» تا عصر رنسانس و انقلاب کبیر فرانسه، افراد بنا بر میل پادشاه، حکام، کشیش و روحانی مجازات می‌شدند، چه بسیار افراد بی گناه که با به مجازات رسیدند، چه خون‌های پاک که بر زمین ریخته شد، چه اموال و نفوس و ارض و ناموس مردم که مورد هتک قرار گرفت. انقلاب کبیر فرانسه و حلول

بررسی مصادیق مهدورالدم با تأکید بر مواد ۳۰۲ و ۳۰۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ◇ ۷۳

عصر رنسانس، عصر بیداری مردم و زمینی شدن حکومت‌ها بود تا این زمان پادشاهان، حکام، کشیشان و روحانیون خود را سایه و نماینده خدا می‌دانستند. در این زمان تحول اساسی در افکار مردم به وجود آمد، حکام در هر موقعیتی که بودند فقط خدمتگذار مردم محسوب می‌شدند، هیچ کس حق نداشت خود را از دیگران برتر بداند. بازپرسی‌ها در قرون وسطی در اروپا فاجعه آور بود به دستور بازپرس فرد دستگیر شده تا سر حد مرگ شکنجه می‌شد تا اقرار کند در صورت اقرار اظهارات او در حضور کشیش صورت مجلس و به امضای حاضران می‌رسید، همچنین حکم شدیدی برای زندانی تعیین می‌شد، در صورت عدم اقرار، این شکنجه تا مرگ ادامه می‌یافت. در این زمان اصل بر مجرمیت بود، این متهم بود که باید بی گناهی خود را در زیر شکنجه ثابت می‌کرد. (کاظم پور، ص. ۳). آیات متعددی دلیل بر اصل قانونی بودن ارائه شده است که مهم ترین آنها عبارت است از آیه شریفه «ما كنا معذبين حتى نبعث رسولا: ما هرگز کسی را عذاب نکردیم، مگر اینکه پیش از آن رسولی را بر ایشان برگزیده‌ایم سوره اسراء آیه ۱۵. (هاشمی، ص. ۴).

۹-۲. اصل ۳۶ و ۱۶۷ قانون اساسی

قانون گذاران قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصول ۳۶ و ۱۶۷ ق.ا اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها را پذیرفته‌اند.

اصل ۳۶ ق.ا: «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد.»

اصل ۱۶۷ ق.ا: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و...»
۹-۳. تعارض ق.م.ا با ق.ا (اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها): به نظر میرسد که با توجه به تعریف اصل قانونی جرم و مجازات و همچنین اصول ۳۶ و ۱۶۷ ق.ا حکم مجازات و اجرای آن تنها باید از طریق حکم دادگاه صالح و به موجب قانون صورت پذیرد. در ارتباط با مهدورالدم

در برخی موارد فرد اختیار دارد که به صورت مستقل اجرای حکم کند. مانند: قاعده فراش که اگر مردی همسر خود را با یک اجنبی مشاهده کند اجازه قتل هر دو آنها را دارد و مجازاتی بر آنها بار نمی‌شود. این مثالی که بیان شد علاوه بر اینکه اجرای حکم بصورت مستقل و بدون حکم دادگاه صورت پذیرفته است حتی ممکن است در برخی موارد اجرای حکم توسط همسر فراتر از حکمی باشد که در قانون بیان شده است. فردی را تصور کنید که پسری مجرد بدون آگاهی از شوهر داشتن زنی با او مرتکب زنا می‌شود. در این فرض حکم پسر مجرد صد ضربه شلاق و حکم زن شوهر دار سنگسار به موجب زنا محصنه می‌باشد. اما در این مثال اگر همسر زن سربرسد می‌تواند هر دو آنها را بکشد به موجب جوازی که قاعده فراش به وی داده است یعنی پسر که مجازات او صد ضربه شلاق است توسط همسر به قتل رسیده است که عقوبتی است شدیدتر از آنچه قانون برای این فرد در نظر گرفته است. پس با ذکر این مثال؛ در می‌یابیم قاعده فراش و به طور کلی عنوانی به نام مهدورالدم اجازه می‌دهد افراد بدون حکم قانون و دادگاه صالح اقدام به اجرای مجازات کنند که این خود خلاف ق.م.ا.و ق.ا.می باشد و انجام مجازات به صورت مستقل سبب ایجاد هرج و مرج در جامعه می‌شود و نظم عمومی را مختل می‌کند. گفتنی است؛ انجام مجازات بالمباشره توسط ولی دم دارای جنبه عمومی می‌باشد که البته به نظر میرسد؛ این امر باز دارندگی لازم را ندارد. زیرا این اقدام توسط ولی دم در حالی می‌باشد که هنوز محکمه‌ای تشکیل نشده، علل و عوامل وقوع جرم بررسی نشده و حتی نوع جرم اعم از عمدی یا شبه عمدی بودن یا خطای محض بودن آن هنوز مشخص نگردیده است. پس در چنین موردی اجرای مجازات توسط ولی دم صرفاً به علت این که فرد مهدورالدم می‌باشد خلاف ق.ا.و حتی ممکن است بر خلاف عدالت باشد.

۱۰. وحدت ملاک از قاعده فراش

۱-۱۰. قوانین مرتبط با قاعده فراش

تبصره ث ماده ۳۰۲ ق.م.ا: (زانی و زانیه در حال زنا نسبت به شوهر زانیه در غیر موارد اکراه و اضطرار به شرحی که در قانون مقرر است.)

ماده ۶۳۰ ق.م.ا.ت: هرگاه مردی همسر خود را در حال زنا با مرد اجنبی مشاهده کند و علم به تمکین زن نداشته باشد می‌تواند در همان حال آنان را به قتل برساند و در صورتی که زن مکره باشد فقط مرد را می‌تواند به قتل برساند. حکم ضرب و جرح در این مورد نیز مانند قتل است.

۱۰-۲. نظرات حقوق دانان

عده‌ای از حقوق دانان «مبنای معافیت از مجازات در ماده مذکور را علل موجهه جرم به معنی اذن و اجازه قانون گذار در ارتکاب قتل و ضرب و جرح نسبت به مرد اجنبی و همسر مرد می‌باشد زیرا مقنن با بیان عبارت «می‌تواند آنها را به قتل برساند» مبادرت به صدور جواز قتل، ضرب و جرح همسر و مرد اجنبی برای شوهر نموده است». (حجتی، ۱۳۸۴، ص ۱۰۹۵). البته خود این عمل مقنن می‌تواند سبب افزایش قتل شود زیرا به هر انسانی این اجازه را می‌دهد که به صرف اعتقاد او را به قتل برساند که این خود به معنای تفسیر موسع قوانین است که این بر خلاف قوانین ماهوی می‌باشد. حقوق دانان دیگری افزوده‌اند: «عذر بر انگیزختگی را به عنوان قاعده‌ای عمومی در تمام جرایم عامل معاف کننده یا تخفیف دهنده ی مجازات است که مرتکب تحت تأثیر بر انگیزختگی مرتکب در این حالت و ضیعت عادی ندارد و فاقد اراده‌ای کامل نسبت به اعمال و رفتار خود می‌باشد بنابر این مسولیت وی یک مسولیت نقصان یافته است. یکی از مصادیق عذر بر انگیزختگی را مردی دانسته است که همسر خود را در حال زنا با مرد اجنبی ببیند و در همان حال او را بکشد یا صدمه‌ای به وی وارد کند این حالت را اصطلاحاً قتل در فراش می‌نامند زیرا حق برقراری رابطه جنسی با زن اختصاص به شوهرش دارد و این

حق با حقوق دیگر تفاوت دارد. در فرهنگ ما غیرت مردانگی تعرض به چنین حقی را بر نمی‌تابد و بر همین اساس به مرد اجازه داده شده است چنانچه مردی را در حال زنا با همسرش در فراش دید او را به قتل برساند. که ماده ۶۳۰ ق.م.ا این عذر را پیش بینی نموده است». (زراعت، ۱۳۹۴، ص. ۱۱ و ۱۲).

۱۰-۳. شرایط تحقق سبب قتل در فراش (مه‌دورالدم)

الف) صفت مرتکب: مرتکب فقط شوهر زن زنا کار است بنابراین پدر یا فرزند یا برادر زن چنین حقی را ندارند. همچنین زنی اگر شوهر خود را در حال زنا با زن اجنبی ببیند حق کشتن او را ندارد هر چند این موضوع مورد انتقاد گروهی از حقوق دانان قرار گرفته است و گفته شده قانون گذار تحت تأثیر نظام مرد سالاری قرار گرفته است. این مورد را باید به صورت محدود و مضیق تفسیر نمود.

ب) صفت مقتول: مقتول منحصر در زن و مرد زناکار است بنابراین خواهر یا مادر یا دختر را نمی‌توان در حال زنا با مرد اجنبی به قتل رساند و مرد زناکار نیز شامل هر مردی است که حق نزدیکی با زن زناکار را نداشته باشد. مقتول لازم نیست همسر دائمی قاتل باشد بلکه ماده ۶۳۰ شامل زوجه‌ی مطلقه نیز می‌شود هر چند در این زمینه احتمال مخالف نیز وجود دارد اما به هر دلیل لفظی (ظاهر قانون) بر اصل عملی (اصل برائت) مقدم است.

پ) شرط در حال زنا بودن: عبارت در حال زنا بیانگر آن است که شوهر باید زن خود را در حال زنا ببیند و در حال زنا بودن منصرف به عملیات دخول تناسلی زن است (ماده ۲۲۱ ق.م.ا) دیدن چنین حالتی بسیار نادر و بلکه محال است. پس اگر قراین و اوضاع و احوال جنبی، شوهر را به یقین برساند که همسرش با مردی که نزد اوست زنا کرده است کفایت می‌کند اما زن و مرد نباید از محل زنا یا از حالت نزدیکی خارج شده باشند مانند این که مردی وارد خانه شده و در تاریکی با مرد لختی در اتاق همسرش روبه‌رو شود که آلت تناسلی او خیس است و در همان حالت او را بکشد.

بررسی مصادیق مهذورالدم با تأکید بر مواد ۳۰۲ و ۳۰۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ◇ ۷۷

ت) شرط دیدن ناگهانی: گرچه دیدن اتفاقی و ناگهانی در ماده ۶۳۰ ق.م.ا بیان نشده است اما فلسفه وضع ماده چنین شرطی را اقتضا می‌کند زیرا حق شوهر زمانی به وجود می‌آید که برانگیخته شده و نتواند خودش را کنترل کند این در مواردی رخ می‌دهد که شوهر شکی در عقیف بودن همسر خود نداشته باشد اما ناگهان خلاف آن را در یابد. بنابراین مردی که مطمئن است همسرش به او خیانت می‌کند اگر منتظر چنین لحظه‌ای باشد تا او را بکشد نمی‌تواند از این حق بهره مند شود هر چند به صورت اتفاقی و ناگهانی همسرش را در حال زنا ببیند زیرا قتل همسر در این حالت شکل انتقام دارد نه این که اثر برانگیختگی باشد.

ح) شرط قتل در حال زنا: عبارت (در همان حال، آنان را به قتل برساند) بیانگر آن است که قتل باید در همان لحظه‌ای صورت گیرد که شوهر با خیانت همسرش روبه رو شود زیرا در این لحظه است که فلسفه حق یعنی برانگیختگی فراهم می‌شود هر چند ممکن است مدتی طول بکشد تا مرد وسیله‌ای را برای قتل همسر و مرد زناکار پیدا کند. به هر حال کشتن در حال زنا معنای عرفی است و اگر بلافاصله از حالت زنا خارج شده و قصد فرار داشته باشد در حالت زنا محسوب می‌شود اما اگر دلایل و اماره‌هایی وجود داشته باشد که زنا را ثابت کند این عنوان صدق نمی‌کند.

خ) عمدی بودن قتل: گرچه ماده ۶۳۰ ق.م.ا تصریحی به شرط عمدی بودن قتل ندارد اما ظاهر عبارت (آنان را به قتل برساند) ظهور در آن دارد که شوهر باید قصد کشتن همسر خود و مرد زناکار را داشته باشد. پس اگر مردی قصد کشتن آن‌ها را نداشته باشد و فعل او نوعاً کشنده نباشد و به صورت غیر عمدی مرتکب قتل شود از این عذر بهره مند نخواهد بود و فلسفه‌ی قتل در فراش نیز چنین اقتضایی دارد زیرا کسی که برانگیخته می‌شود قصد قتل را می‌نماید. (زراعت، ۱۳۹۴، ص. ۱۶، ۱۵، ۱۴، ۱۳).

بنابراین با توجه به ماده ۶۱۲ ق.م.ا مبنای معافیت قاتل در قتل در فراش این می‌باشد که قاتل باید به دلایل شرعی و قانونی موضوع تمکین و زنا را ثابت نماید و اگر ثابت شود قانون گذار این مورد را از موارد علل موجهه دانسته و متهم قابل تعقیب نمی‌باشد و در نتیجه متهم تبرئه می‌گردد. (معاونت آموزش قوه قضائیه، ص. ۱۱۳).

نتیجه گیری

در فقه اسلامی توجه ویژه به محقون الدم شده است زیرا به نظر قانون گذار اسلامی مقام فرد در جامعه بسیار محترم و ارجمند است و در واقع برای خون شخص محقون الدم ارزش و احترام قائل شده است نه شخص مهدورالدم که خون آن را هدر می‌داند. بنابراین؛ قانون گذار ما در ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ قتل مهدورالدم را توسط اشخاص عادی غیر از ضابطین، را جایز دانسته است که این بر مبنای آیات بیان شده، فقط این حق به برخی اشخاص داده شده است نه به همه. همین امر زمینه را، برای خروج از هرج و مرجی که ممکن بود با قائل شدن تفسیر موسع پدید آید خوداری نمود. و همچنین این اختیار را به افراد می‌داد که حتی اگر رفتار انجام شده از مصادیق مهدورالدم نباشد اما با ادعای دروغین مبنی بر مهدورالدم بودن، او را به قتل برساند و این می‌شود تفسیر موسع قوانین کیفری در حالی که تفسیر باید مضیق باشد. قانونگذار در تبصره ۱ ماده ۳۰۲ برخی حالات قتل شخص مهدورالدم را بدون اجازه دادگاه جرم دانسته است البته بر خود تبصره هم نقدی وارد است و آن هم این است که قانون گذار از واژه اجازه استفاده نموده است به جای اذن زیرا اذن و اجازه هر کدام معنایی متفاوت از دیگری را افاده می‌نمایند. باید افزود که با بیان تبصره مذکور همچنان مشکل برطرف نشده است. زیرا عدم بیان تبصره در رابطه با حالات دیگر مهدورالدم به معنای دادن اذن به اشخاص عادی برای قتل شخص مهدورالدم است و اگر دلیل این امر را هدر بودن خون مهدورالدم بدانیم این دلیل کافی نمی‌باشد. در واقع این قانون گذار است که باید ضابطه‌ای با توسل به قدرت خود برای مجازات این اشخاص ایجاد کند تا حتی در این امر هم که نوعی جرم می‌باشد همانند جرایم دیگر مجازات مجرمین را خود به سرانجام برساند. همان گونه که قانون گذار؛ قانونی بودن مجازات را در اصل ۳۶ ق.ا و ماده ۱۲ ق.م.ا پذیرفته است. فردی که مرتکب قتل مهدورالدم می‌شود در صورت اثبات مرتکب به قصاص محکوم نمی‌شود ولی اگر ثابت شود اشتباها این اقدام از او سرزده است مرتکب علاوه بر دیه به مجازات تعزیرات هم محکوم

بررسی مصادیق مهدورالدم با تأکید بر مواد ۳۰۲ و ۳۰۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ◇ ۷۹

می‌گردد. در نتیجه؛ اصل بر محقون‌الدم بودن فرد است و کسی که مدعی به قتل رساندن شخص مهدورالدم است اوست که باید اثبات نماید. با وجود تمام بیانات گفته شده همچنان واگذاری اختیار این امر به اشخاص عادی که قانون‌گذار به آنان حق به قتل رساندن مهدورالدم را داده است این با منطق عقلایی، همان‌گونه که قانون‌گذار امری را جرم‌انگاری می‌نماید باید آن را آن‌گونه که شایسته است به سزای عملش برساند ناسازگار است پس این قانون‌گذار است که باید در این راستا تدبیری بیندیشد.

منابع و مأخذ

۱. قانون مجازات اسلامی ایران (مصوب ۱۳۹۲)
۲. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
۳. آقایی نیا، حسین، (۱۳۹۹)، جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص، نشر میزان، تهران.
۴. امینی، علیرضا، آیتی، محمد رضا، (۱۳۹۷)، تحریر الروضه فی شرح اللمعه «۲»، انتشارات کتاب طه و سازمان مطالعه و تدوین کتب دانشگاهی در علوم اسلامی و انسانی.
۵. احمدلو، محمد، عبد الوند، الهه سادات، «مطالعه حقوقی جرم شناسی تبصره ۲ قانون مجازات اسلامی «جواز قتل مهدورالدم»»، همایش پژوهش‌های مدیریت و علوم انسانی در ایران، دوره نهم.
۶. الهیان، مجتبی، (۱۳۷۹)، نگرشی فقهی - حقوقی پیرامون احکام حدود، قصاص، دیات در فقه امامیه، مجتمع آموزش عالی قم).
۷. بازگیر، یدالله، (۱۳۷۸)، قانون مجازات اسلامی در آئینه آراء دیوان عالی کشور، تهران، چاپ دریا.
۸. پاد، ابراهیم، (۱۳۸۱)، حقوق کیفری اختصاصی «جلداول»، انتشارات رهام، تهران.
۹. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۴۰۰)، ترمینولوژی حقوقی، انتشارات گنج دانش، تهران، چاپ سی و سوم.

۱۰. حجتی، سید مهدی، (۱۳۸۴)، قانون مجازات در نظم کنونی، تهران، میثاق عدالت، چاپ اول.
۱۱. حاجی ده آبادی، احمد، (۱۳۹۵)، ترجمه شرح و تلیقه تکمله منهاج، کتاب القصاص، تهران، نشر میزان، چاپ اول.
۱۲. _____، (۱۴۰۱)، جرایم علیه اشخاص «قتل»، تهران، نشر میزان، چاپ اول.
۱۳. زراعت، عباس، (۱۳۹۴)، جرایم علیه اشخاص، انتشارات جاودانه «جنگل»، تهران، چاپ سوم.
۱۴. حسینی دشتی، مصطفی، (۱۳۷۹)، معارف و معاریف دایره المعارف جامع اسلامی، انتشارات اندیشه مولانا، تهران، چاپ سوم.
۱۵. عباس زاده اهری، حسن، (۱۳۷۸)، جرمها و مجازاتها در اسلام، تبریز، آیدین.
۱۶. عباسی، عاطفه، «بازخوانی جواز قتل مهدورالدم و چالش‌های آن با دادرسی منصفانه»، فصلنامه علمی پژوهشی تعالی حقوق، شماره سوم، بهار ۱۳۹۸.
۱۷. قدسی، سید ابراهیم، (۱۳۹۴)، جنایت علیه جسم در حقوق کیفری ایران، گام حق، تهران.
۱۸. کاظم پور، سیروس، «بررسی حقوقی اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها با نگاهی به قانون اساسی ایران»، فصلنامه علمی حقوقی دادیار، دوره دوم، شماره پنجم.
۱۹. میر محمد صادقی، حسین، (۱۳۸۷)، جرایم علیه اشخاص، نشر میزان، تهران.
۲۰. مؤمنی، عابدین، (۱۳۹۷)، حقوق جزای اختصاصی اسلام، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها «سمت»، پژوهشکده تحقیق و توسعه علوم انسانی، تهران.
۲۱. موسوی همدانی، محمد باقر، (۱۳۷۰)، ترجمه تحریر الوسیله «جلد چهارم»، مؤسسه انتشارات دارالعلم،
۲۲. مصدق، محمد، (۱۳۹۹)، بایسته‌های حقوق جزای اختصاصی، پژوهاک عدالت، تهران.

۸۲ ◇ فصلنامه علمی - ترویجی فقه پویا (حرفه‌ای)

۲۳. محمدی، نورالله، رحیمی، حسن، یوسفی محله، (۱۳۹۰)، قتل عمد در آراء دادگاه کیفری استان تهران، انتشارات جاودانه «جنگل»، تهران.

۲۴. معاونت آموزش قوه قضائیه، (۱۳۸۷)، رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاه کیفری استان، انتشارات جنگل.

۲۵. هاشمی، سید محمد، «قرآن و اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها»، فصلنامه قرآن فقه و حقوق اسلامی، دوره اول، شماره دوم، بهار و تابستان ۱۳۹۴.

۲۶. علی، نجفی توانا، (۱۳۹۴)، جنایات علیه تمامیت جسمانی اشخاص، نشر میزان، تهران.

تحلیل و بررسی مزایده و فروش حق سرقفلی و حق کسب یا بیشه یا تجارت



رؤیا گلستان‌پور^۱

چکیده

با توجه به نقش حق سرقفلی و حق کسب و بیشه و تجارت در عرصه‌ی معاملات و با توجه به ابهامات زیادی که در احکام این دو دسته حقوق وجود دارد، بحث از ماهیت، مبنا و احکام حقوق مزبور ضروری است. در این مقاله با روش توصیفی تحلیلی و منابع کتابخانه‌ای سعی شده است، ضمن تبیین ماهیت، مبنا و احکام حق از یک سو و ماهیت حق سرقفلی و حق کسب و بیشه و تجارت از سوی دیگر، به بررسی مبنای حق سرقفلی و حق کسب و بیشه و تجارت و احکام آن‌ها پرداخته شود. یافته‌های این مقاله نشان می‌دهد که حق سرقفلی از دیدگاه فقه امامیه و حقوق ایران امتیازی است که با توجه به تعهد مالک برای مستأجر تعیین می‌شود و از دیدگاه فقه صلاحیتی است که شرع بر اساس آن، به مستأجر اجازه تصرف در عین مستأجره را اعطا می‌کند؛ در حالی که حق کسب و بیشه و تجارت از دیدگاه حقوقی، امتیازی نسبت به محل مورد اجاره است که به نفس انعقاد عقد اجاره و با توجه به فعالیت مستأجر در محل کسب

۱. کارشناس ارشد جزا و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد ساوه، Royagolestanpor@gmail.com

که منجر به رونق محل کسب شده، برای مستاجر تعیین می‌شود. اما از دیدگاه فقهی چندان مشروعیتی ندارد. مبنای هر دو حق در حقوق ایران قانون است. حقوق مزبور در فقه و حقوق ایران قابل نقل و انتقال بوده، هر چند حق سرقتی قابل اسقاط می‌باشد، لیکن اسقاط پذیری حق کسب و پیشه و تجارت، محل اختلاف است.

واژگان کلیدی: مزایده، فروش، حق سرقتی، حق کسب یا پیشه، حقوق تجارت.

مقدمه و بیان مسأله

حق سرقتی و حق کسب و پیشه و تجارت که از مباحث مهم اجاره محل‌های تجاری هستند، از مهمترین قوانین هر کشور بوده و در ایران از تأسیس‌های حقوقی رایج در حقوق موضوعه می‌باشد، که در خصوص وحدت یا دوگانگی آن هم در دکترین و هم در رویه قضائی اختلاف نظر وجود دارد، و به نظر می‌رسد این دوگانگی ناشی از عدم تبیین ماهیت و طبیعت حقوقی این دو حق است. در غالب موارد کشورها مقررات سرقتی و حق کسب و پیشه و تجارت را که از موضوعات بدون واسطه حقوق تجارت و اقتصاد اجتماعی است در میان قوانین تجاری خود جای داده‌اند و برخی از کشورها نیز آن را در حقوق مدنی خود جای داده‌اند. قانونگذار ایران چند سال پیش از پیدایش عملی پدیده سرقتی و حق کسب و پیشه و تجارت با وضع مقررات روابط مالک و مستأجر در خرداد ماه سال ۱۳۳۹ برای اولین بار به آن وجهه قانونی بخشید. قانونگذار ایران قبل از انقلاب و با تأثیر از سیستم‌های حقوقی بعضی از کشورهای غربی همچون فرانسه و با توجه به مصالح اجتماعی و علی‌رغم بافت مذهبی جامعه بر خلاف احکام شرعی، قوانینی را تصویب نمود، که این نحوه قانونگذاری بسیاری از تجار و پیشه‌وران و کاسبان را که از فتوای مراجع پیروی می‌نمودند دچار مشکل نموده و بر سر دوراهی قرار می‌داد و با توجه به اینکه قانون منافی مانند حق کسب و پیشه را برای مستأجر پیش‌بینی نموده بود صرف نظر نمودن از این حق توسط مستأجر را امری مشکل و سخت می‌نمود و از طرف دیگر و با توجه به اینکه فقها بر حرمت اخذ چنین حقی جز در موارد محدود و شرایط خاصی فتوا داده بودند در هنگام تخلیه عین مستأجره تجار و کاسبان را از اخذ سرقتی و حق کسب و پیشه باز می‌داشت، که این هم یک مانع بزرگ بوده و بعضی از تجار و مستأجران اماکن تجاری، به خاطر تدینی که داشتند هنگام درخواست تخلیه عین مستأجره از ناحیه موجر با انقضای مدت اجاره آن را بدون اخذ هرگونه وجهی تخلیه می‌کردند. پس از پیروزی انقلاب اسلامی تصویب قوانین

توسط قانونگذار به سمت انطباق با احکام شرعی و اجماع نظرات فقها پیش رفته و آنچه را که قوانین موضوعه قبلی به عنوان يك امر غیر شرعی تلقی می‌کرد، محدود می‌نمود. تا اینکه در سال ۱۳۷۶ آخرین قانون روابط موجر و مستأجر تصویب گردید، که در این قانون، پس از انقضاء مدت اجاره، تخلیه عین مستأجره را حق قانونی و مسلم موجر شناخته است، و فقط در صورتی که مستأجر در بدو قرارداد اجاره مبلغی را به عنوان سرقفلی به موجر پرداخت نموده باشد، هنگام تخلیه این مبلغ توسط مستأجر قابل مطالبه است. البته این قانون نیز مورد بحث و انتقاد بعضی از نویسندگان حقوقی قرار گرفته و آن را با واقعیت‌های خارجی و عادات و رسوم تجاری سازگار نمی‌دانند.

۱- مفهوم شناسی

۱-۱. سرقفلی

در باب تعریف لغوی سرقفلی می‌توان به این تعاریف اشاره کرد: "چیزی که از کرایه‌دار سرای کرایه حویلی یا دکان بگیرند و آن مزد گشودن قفل است که داخل کرایه نیست، حق آب و گل حقی که مستأجر را پیدا آید در دکان و یا حمام و یا کاروانسرای و امثال آن و او آن حق را به مستأجر بعد از خود تواند فروخت" (دهخدا، ۱۳۸۵، ۵۳۴) از طرفی سرقفلی را پولی معنا می‌کنند که شخصی به شخصی می‌دهد تا خانه یا دکان را که در اجاره دارد به وی واگذار نماید" (عمید، ۱۴۰۲، ۴۹۰) آنچه از تعاریف ذکر شده بر می‌آید این است که در درجه اول مفهوم سرقفلی در لغت هم در خصوص محل مسکونی و هم در خصوص محل تجارت کاربرد داشته است؛ در درجه دوم از نظر لغوی سرقفلی مبلغی است که به مالک یا مستأجر از طرف مستأجر بعدی پرداخت می‌شود و بالاخره گاهی هم سرقفلی را به حق آب و گل و حقی که به جهت جمع‌آوری مشتری و رونق کسب حاصل شده تعریف نموده‌اند (زینالی، ۱۳۹۵، ۳۵). به موجب ماده ۱ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۷۶ «از تاریخ لازم الاجرا شدن این قانون،

کلیه اماکن اعم از مسکونی، تجاری، محل کسب و پیشه اماکن آموزشی، خوابگاه‌های دانشجویی و ساختمان‌های دولتی و نظایر آن که با قرارداد رسمی یا عادی منعقد می‌شود، تابع مقررات قانونی مدنی و مقررات مندرج در این قانون و شرایط مقرر بین موجر و مستأجر خواهد بود.» دکتر جعفری لنگرودی در تعریف "سرقفلی" نوشته‌اند: «پولی که مستأجر ثانی (به معنی اعم) به مستأجر سابق در موقع انتقال اجاره بلاعوض می‌دهد و همچنین مستأجر اول به موجر مالک می‌دهد (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۲، ۳۵۶) که این تعریف به معنای وسیع کلمه بیان شده و علاوه بر سرقفلی به معنی خاص، شامل حق کسب و پیشه هم می‌گردد. ولی به هر حال قائل به تفکیک بین این دو حق گردیده است.

در قانون جدید روابط موجر و مستأجر تعریفی از سرقفلی ارائه نشده است، اما بر اساس مصداق‌هایی که از حق سرقفلی برشمرده، محدود و قلمرو آن را روشن ساخته است. از جمع مواد مذکور در فصل دوم قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶، به خوبی استنباط می‌شود که قانونگذار با رسمیت دادن به حق سرقفلی در مفهوم عرفی و شرعی آن، حق کسب و پیشه و تجارت را به مثابه یک نهاد قانونی، حداقل در قلمرو قانون جدید به کناری نهاده و سعی کرده است به روابط عرفی، تاریخی و عملی موجود بین موجر و مستأجر رجوع کند... فقها در تعریف سرقفلی نظرات مختلفی داده‌اند که از آن جمله می‌توان به این تعریف اشاره کرد: سرقفلی حقی است متعلق به ملک - مثل حق ریشه - که مالک می‌تواند در عوض مالی، آن را به دیگری واگذار کند، به طوری که آن شخص دیگر، بتواند ملک را برای خود اجاره کند یا حق مزبور را در قبال گرفتن مالی به دیگری واگذار کند که دیگری اجاره نماید.» (جواد آقابتبری، ۱۳۹۰).

۱-۲. حق کسب و پیشه و تجارت

در لغت نامه‌ها و کتب فقهی و حقوقی متقدمین ذکری از حق کسب و پیشه و تجارت نمی‌توان یافت، زیرا، این پدیده در نظام اقتصادی و قضایی ایران در دهه ۱۳۲۰ ظهور و تحقق یافته و

پیش از این تاریخ در ایران تأسیس مزبور جایگاهی نداشته است. حق کسب و پیشه، که به نظر می‌رسد دارای قدمت بیشتری نسبت به حق سرقفلی باشد، حقی است که به مرور زمان برای بازرگانان یا کاسبی که محلی را اجاره کرده و در آن مشغول است، به وجود می‌آید. به هم زدن شهرت تجاری و جلب مشتری که ارتباط تنگاتنگ با محل کار بازرگان و پیشه‌ور دارد، شالوده توجیه‌کننده چنین حقی است. به زبان ساده غیر حقوقی، حق کسب و پیشه، همان حق آب و گل است که در قدیم در روابط بین مالک و کشاورز رواج داشته و قانونگذار در ماده ۳۱ آیین نامه قانون ثبت این حق را عبارت از: «دسترنج رعیتی و حق اولویت و گاوبندی و غیره که در املاک معمول و بین رعایا خرید و فروش می‌شود» تعریف نموده است و علت ایجاد چنین حقی برای کشاورز رنج و زحمتی است که بر روی زمین متحمل می‌شود و تا زمانی که مالک قیمت دسترنج رعایا را نپردازد حق بیرون کردن کشاورز از زمین را ندارد. که این امر در حال حاضر مشابه وضعیت موجر و مستاجر در اماکن تجاری مشمول قانون سال ۱۳۵۶ می‌باشد. نتیجتاً، تا کنون دادگاه‌ها هنگام تخلیه ملک تجاری، در بیشتر اوقات موجر را مکلف به پرداخت حق کسب و پیشه به مستاجر می‌کردند تا بخشی از ضرر احتمالی او که بر اثر جابه‌جایی محل به وجود می‌آید، جبران شود. «تعریف حق کسب و پیشه و تجارت» در قانون ۱۳۷۶ به این شرح می‌باشد: «حقی است مالی که به تبع مالکیت منافع برای مستأجر محل کسب و پیشه و تجارت تحقق می‌یابد و قابلیت انتقال به غیر را توأم با منافع عین مستاجر دارد». به این ترتیب ایجاد «حق کسب و پیشه و تجارت» برای مستأجر محل کسب و تجارت، امر قهری و خود به خودی است و ارتباطی به اراده طرفین و شروط ضمن عقد ندارد. البته از تاریخ ۱۳۷۶/۷/۲ به بعد، چیزی به عنوان حق کسب و پیشه و تجارت به این صورت و با این تعریف، برای کسی ایجاد نشده نخواهد شد.» نظریه مورخ ۹/۸/۹۴ کمیسیون حقوق تجارت که حق کسب و پیشه را یکی از علل اصلی وضع قانون مالک و مستاجر می‌داند این حق را چنین تعریف نموده است: «حق کسب و پیشه حقی است تابع حق انتفاع که با از بین رفتن حق، انتفاع از بین می‌رود و حق

کسب و پیشه فقط اختصاص به موارد منصوص و ماده ۹ قانون موجر و مستاجر دارد و بقاء حق مذکور در سایر موارد نیاز به نص دارد...» در نهایت اداره حقوقی دادگستری در یکی از نظریات مشورتی خود حق کسب و پیشه را چنین تعریف نموده است: حق کسب و پیشه یا تجارت حقی است که با تخلیه محل کسب یا پیشه یا تجارت و در موارد مذکور و مصرح در قانون به مستاجر تعلق می‌گیرد.^۱

۲. مبانی حق سرقفلی

در اینکه بر چه اساسی مستاجر در بدو انعقاد قرار دارد مبلغی هنگفت تحت عنوان سرقفلی به موجر می‌پردازد بین حقوق دانان و فقها وحدت نظر وجود ندارد. هر کدام از آن‌ها سعی نموده‌اند به طریقی پرداخت این وجه را توجیه نمایند و در این باب نظرات متفاوتی ارائه داده‌اند. حال با توجه به اینکه شناسایی مبنا و فلسفه پیدایش هر کدام از این صور، می‌تواند راه گشای حل اختلافات و متنازعات فی ما بین طرفین عقد اجاره باشد، در این بحث لازم است به مطالعه و بررسی مبنا و منشا پیدایش تشکیل این پدیده پرداخته شود:

- اختیار مالکانه

در این نظریه سرقفلی پرداختی از سوی مستاجر به موجر به عنوان بخشی از، مال الاجاره و قسمت معجل آن فرض شده است. (گلپایگانی، ۱۳۶۴، ۳۲). طرفداران این مبنا معتقدند که، بنا بر قاعده "الناس مسلطون علی اموالهم" مالک سلطه کامل بر مال خویش دارد و مجاز در هرگونه دخل و تصرف در اموالش می‌باشد. بنابراین، این حق را دارد که علاوه بر اجرت ماهیانه مبلغی را در بدو امر و جدای از مال الاجاره دریافت کند. به عبارتی نحوه پرداخت مال الاجاره می‌تواند به این صورت باشد که قسمتی از اجاره نقدی و یک جا و قسمت دیگر ماهانه پرداخت گردد.

۱. نظریه شماره ۷/۳۳۶ مورخ ۶۰/۲/۸ اداره حقوقی دادگستری.

- دریافت وجهی در قبال دادن امتیاز به مستاجر

بر این اساس، هنگامی که مالک ملک تجاری در قبال دریافت وجهی به نام سرقفلی مالکیت منافع را به مستاجر واگذار می نماید امتیاز تداوم رابطه استیجاری بعد از انقضای مدت اجاره را نیز به وی اعطاء می کند. با این توضیح که مستاجر بتواند در پایان مدت اجاره به تصرفات خود ادامه دهد و موجر ممانعت ننماید. حال ممکن است باقی ماندن در محل مقید به شرط و شروطی باشد مانند اینکه با اجاره بهای متعارفی اجاره ادامه پیدا کند یا میزان اجاره بها افزایش یا کاهش نداشته باشد یا اینکه موجر حق تخلیه را از خود سلب نماید. چنین برداشتی از سرقفلی، باعث ایجاد حق مخصوص برای مستاجر می شود که داری ارزش مالی است. بنابراین مستاجر دارای این امتیاز است که تا هر زمان می تواند به رابطه استیجاری خود ادامه دهد یا اگر خواهان تخلیه محل باشد، در قبال گذشتن از این حقوق و مزایای مکتسبه، مبلغی از موجر گرفته و یا با دریافت سرقفلی از مستاجر ثانی این امتیاز را به وی واگذار نماید.

- سرقفلی به عنوان قرض

معتقدین به این مبنا چنین استدلال می نمایند که: سرقفلی مبلغی است که مستاجر در ابتدای انعقاد اجاره به موجر قرض می دهد. به عبارت دیگر، موجر در ضمن عقد اجاره ملک تجاری در ازای اجاره محل به مستاجر شرط می کند که مبلغ معینی را علاوه بر مال الاجاره ماهیانه به او قرض بدهد و تا زمانی که رابطه استیجاری ادامه داشته باشد آن را مطالبه نکند ولی به محض پایان مدت اجاره و مطالبه مستاجر، موجر ملزم به پرداخت آن می باشد. (عبدی پور فرد، ۱۳۸۴، ۹۶).

- دریافت وجهی در قبال موقعیت خوب ملک استیجاری

عده‌ای از اندیشمندان بر این باورند املاکی که از لحاظ موقعیت و وضعیت دارای ارزش و جایگاه بالاتری می باشند، مالک ملک تجاری به دلیل مرغوبیت محل می تواند علاوه بر اجور ماهیانه معین شده مبلغی نیز در ابتدای انعقاد قرارداد اجاره از مستاجر اخذ نماید (ستوده تهرانی،

تحلیل و بررسی مزایده و فروش حق سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت ◇ ۹۱

۱۳۸۵، ۱۲۰). بر اساس این نظر، هر ملکی دارای شرایط و خصوصیات است و از نظر کیفیت شرایط برای تجارت، وضعیت مشابه با املاک دیگر ندارد با این اوصاف میزان سرقفلی دریافتی آنها نیز متفاوت خواهد بود. هر مکانی که مرغوب تر و دارای شرایط و کیفیت بهتری برای تجارت باشد سرقفلی بیشتر خواهد داشت. چرا که تمایل و رغبت تجار و کسبه و بازرگانان به اجاره اماکنی است که از موقعیت خوب تجاری برخوردار باشند و در این راستا برای بدست آوردن ملکی با ارزش و مقبولیت تجاری عالی حاضر به پرداخت مبلغ هنگفتی می‌باشند. (زینالی، ۱۳۹۵، ۱۱۹). این تحلیل با مفهوم عرفی سرقفلی بیشتر انطباق دارد. چرا که با مطالعه و کنکاش در مورد ریشه عرفی سرقفلی به این مهم می‌رسیم که در قدیم ایام، کسبه برای دستیابی به محل‌های کسبی با موقعیت تجاری عالی و دلخواه حاضر به پرداخت اجرت هنگفتی می‌شدند که قسمت اعظم آن را در ابتدای قرارداد و جدای از مال الاجاره این موضوع به تدریج به صورت یک سنت درآمد و وجه مذکور به نام می‌پرداختند، سرقفلی در بین مالکین مغازه‌ها و کسبه و بعدا در بین مردم مشهور گردید. (بهرامی، ۱۳۹۲، ۲۱۸).

۳. تمییز حق کسب و پیشه و تجارت از حق سرقفلی

با توجه به تحول قوانین موجر و مستاجر و تغییر تدریجی نگرش قانون‌گذار در این مورد در خصوص وحدت یا دوگانگی آنها در دکتین و رویه قضایی اختلاف نظر وجود دارد. در این زمینه دو دیدگاه وجود دارد که به قرار ذیل است:

۳-۱. نظریه وحدت

برخی حقوق دانان حق سرقفلی را همان حق کسب یا پیشه یا تجارت تلقی کرده‌اند و در تحلیل نهایی، اصطلاح حق کسب یا پیشه یا تجارت را ترکیبی نامانوس خوانده و بر آن شده‌اند (امروزه همه این حق را سرقفلی می‌نامند) و بدین ترتیب به گونه‌ای معادل انگاری میان این دو مفهوم قایل شده‌اند. (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ۴۰۴)

۳-۲. نظریهٔ دوگانگی

در مقابل اکثریت حقوق دانان بر این باورند که، حق سرقتی و حق کسب یا پیشه یا تجارت دو مقوله منفک از هم می‌باشند که هر کدام آثار و احکام مستقل و جداگانه دارند. (کشاورز، ۱۳۹۰، ۲۵) به واقع اگرچه حق سرقتی با حق کسب یا پیشه یا تجارت قرین است؛ لیکن این قرابت نباید سبب این تصور شود که برای بیان یک معنا از دو عبارت متفاوت استفاده شده و هر دو واحد تلقی شوند چرا که قرائنی وجود دارد که نشان می‌دهد. این حقوق منفک از هم هستند و پایه‌های نظریهٔ وحدت را متزلزل می‌کند از جمله اینکه: حق سرقتی و حق کسب یا پیشه یا تجارت هر دو از حقوق نوپا و جدیدی می‌باشند. لیکن ابتدا سرقتی در عرف جامعه رایج شده و متعاقب آن در سال، ۱۳۳۹ حق کسب یا پیشه یا تجارت پایه عرصه نهاد. مبنای این دو حقوق نیز متفاوت می‌باشند. حق سرقتی بر مبنای توافق و ارادهٔ طرفین بوجود می‌آید و در نهایت مورد حمایت قانون قرار می‌گیرد. در صورتی که مبنای حق کسب یا پیشه یا تجارت حق تقدم در استفاده از محل و بقا در مکان تجاری و غیر قابل تخلیه بودن است. حق سرقتی بر خلاف حق کسب یا پیشه یا تجارت، منحصرًا متعلق به مستاجر نیست مالک بنای تجاری قبل از انعقاد عقد اجاره صاحب این حق است و می‌تواند آن را به اولین مستاجر واگذار کند و عوض آن را دریافت نماید و همچنین این حق می‌تواند در مالکیت مستاجر اول بوجود آید و از مستاجر ثانی یا مالک دریافت شود. فلسفه وضع حق کسب یا پیشه یا تجارت، به رسمیت شناختن آن توسط قانون‌گذار و حمایت از حقوق مستاجرین است که غالبًا از قشر ضعیف جامعه هستند و نیازمند حمایت حقوقی می‌باشند. این حق، ریشه در توافق طرفین ندارد و الزامی مافوق اراده، موجر را ملزم به رعایت آن می‌کند. در مقابل تکیه بر خواست متعاملین و حقوق متقابل آنان در حق سرقتی مشهود است..

۴. وضعیت حق سرقفلی و حق کسب و بیشه و تجارت از منظر حقوقی و فقهی

در مورد مبلغ و وجهی که توسط مالک از مستاجر در ابتدای اجاره و تحت عنوان سرقفلی اخذ می‌گردد تحلیل‌های مختلفی وجود دارد که به قرار ذیل هستند:

- برخی نظر به آن دارند مبلغی که در اول اجاره تحت عنوان سرقفلی توسط مالک از مستاجر اخذ می‌گردد، بخشی از اجاره بهاست و در واقع اجاره بها را به دو قسم تقسیم نموده‌اند: بخش نقدی و یک جا که در ابتدا گرفته می‌شود، که آن را سرقفلی نام نهاده‌اند و بخش دیگر که به اقساط و ماهانه از مستاجر اخذ می‌شود. (صافی گلپایگانی، ۱۴۱۴، ۵۷۳) در صورت صحت این نظریات، سرقفلی بخشی از اجاره بهاست که در مقابل مالکیت منافع در مدت قرار داد اجاره قرار می‌گیرد و مستاجر حقی بیش از مالکیت منافع عین مستاجره در مدت زمان قرار داد بدست نمی‌آورد. مستاجر در پایان مدت نیز در صورت عدم توافق با مالک و عدم تجدید اجاره، باید ملک را تخلیه نماید. بدون آنکه حق مطالبه چیزی را داشته باشد. زیرا آنچه تحت عنوان سرقفلی پرداخته، بخشی از اجاره بوده و در مالکیت مالک عین قرار گرفته است. البته اگر در قرار داد اجاره، موجر به نفع مستاجر شرط کند که در پایان مدت مجدداً محل را با همان اجاره بها به وی اجاره دهد. (روحانی، ۱۴۱۴، ۲۳).

به مقتضای شرط، مستاجر حق تجدید اجاره را دارد و موجر نمی‌تواند تخلیه ملک را بخواهد، اما مبلغ سرقفلی قابل استرداد نیست. علاوه بر آن، تحلیل مزبور با مفهوم عرفی سرقفلی و قصد مشترک طرفین قرار داد، ناسازگار است و مقررات قانونی، همانند ماده واحده مصوب ۶۵/۱/۱۵ و ماده ۶ قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۷۶ به ویژه در تبصره ۲ آن، دلالت می‌کنند که سرقفلی بخشی از اجاره بهای قرار دادی نیست. (عبدی پور، ۱۳۸۴، ۸۹).

- در تحلیلی دیگر بیان شده سرقفلی به عنوان وجهی است که مستاجر اول از مستاجر ثانی دریافت می‌کند. تحلیل فوق دو شق را تبیین می‌نماید:

- عدم پرداخت وجه علاوه بر اجاره

اگر مستاجر اول قبلاً وجهی علاوه بر اجور به مالک نپرداخته باشد، در این حالت مبلغی که مستاجر ثانی به مستاجر اول می‌پردازد، در مقابل عدم مزاحمت و ممانعت وی در تصرف عین مستاجره توسط مستاجر ثانی است و این امر به چند صورت قابل تحلیل است:

- هبه معوضه

بدین گونه که مستاجر ثانی، ضمن هبه و تملیک وجه بر مستاجر اول شرط می‌کند که مزاحم وی در تصرف عین مستاجره نشود.

- جعاله

مبلغ مزبور جعلی است که مستاجر ثانی به مستاجر اول می‌پردازد، و مورد جعاله عدم اقدام مستاجر اول در ممانعت و مزاحمت برای مستاجر ثانی است.

- صلح

مبلغ مزبور را مستاجر ثانی به مستاجر اول صلح و تملیک می‌کند و بر مستاجر اول شرط می‌کند که مزاحم تصرفاتش در عین مستاجره نشود که البته این موضوع کاملاً مورد انتقاد و مخالفت اکثریت واقع شده است.

*** پرداخت وجه علاوه بر اجاره**

اگر مستاجر اول خود در ابتدای اجاره‌اش وجهی علاوه بر اجور به مالک پرداخته باشد، در این حالت اگر می‌خواهد معادل همان مبلغ را از مستاجر ثانی بگیرد، حمل بر حواله می‌شود که به موجب آن مستاجر اول، مستاجر ثانی را حواله می‌دهد که هنگام تخلیه ملک، مبلغ مزبور را که بر ذمه مالک باقی است، از او مطالبه و دریافت نماید، اگر مبلغ مأخوذ از مستاجر ثانی نیز بیشتر از مبلغ پرداختی مستاجر اول به مالک است، مبلغ مازاد به عنوان هبه، جعاله یا صلح در

تحلیل و بررسی مزایه و فروش حق سرقفلی و حق کسب یا بیشه یا تجارت ◇ ۹۵

ازای عدم مزاحمت مستأجر اول در تصرف عین مستاجر به مستأجر ثانی، تلقی می‌شود. البته از این دیدگاه برای واگذاری عین مستاجر به مستأجر ثانی، رضایت و موافقت مالک و توافق او برای انعقاد قرار داد اجاره نیز لازم است که این تحلیل نیز برخلاف مفهوم رایج سرقفلی در عرف فعلی جامعه ما است و با قصد مشترک طرفین مطابقت ندارد، علاوه بر آن با مقررات موضوعه مذکور نیز چندان سازگاری ندارد.

در این تحلیل مبلغی در ابتدای اجاره تحت عنوان سرقفلی توسط مالک از مستاجر اخذ می‌شود، عوضی است که مستاجر به مالک پرداخت می‌کند و در مقابل مالک نیز حقی را برای مستاجر واگذار می‌کند که حق سرقفلی نامیده می‌شود. (عبدی پور، ۱۳۸۴، ۹۴). در واقع ما بین مالک و مستاجر علاوه بر قرار داد اجاره یا ضمن آن، توافق و معاوضه‌ی دیگری نیز صورت می‌گیرد که مطابق آن حق سرقفلی که یک حق مالی است، به عنوان معوض در مقابل عوض و مبلغی که مستاجر تحت عنوان سرقفلی و به عنوان عوض می‌پردازد واگذار می‌شود. نتیجه این توافق که در عرف (با مسامحه) از آن به فروش سرقفلی تعبیر می‌شود، تحقق حقی برای مستاجر در مورد ملک مورد اجاره است. (صانعی، ۱۳۷۷، ۱۱۴). در صورت واگذاری حق سرقفلی به دیگری، مبلغی که مستأجر اول از مستاجر بعدی می‌گیرد نیز عوض واگذاری حق مزبور است. همچنین در مواردی که مستاجر اول مبلغی به عنوان سرقفلی به مالک نپرداخته باشد، لیکن براساس شروط ضمن عقد اجاره حقوقی بدست آورده باشد، می‌تواند در ازای اسقاط آن حقوق مبلغی از مالک دریافت نماید و یا در ازای انتقال و واگذاری آن حقوق مبلغی از مستاجر بعدی دریافت نماید که گاه از آن مبلغ به عنوان سرقفلی یاد می‌شود. به هر حال حق سرقفلی حق آب و گل مستاجر است و به تعبیر حقوقی، امتیازی است که به موجب آن، مستاجر متصرف در اجاره کردن محل کسب خویش بر دیگران مقدم است. به عبارت دیگر، حق تقدم در اجاره یا حق تخلیه اجاره یا حق ادامه تصرف در عین مستاجر از آن اوست. این از دیدگاهی است که حق سرقفلی و حق کسب و بیشه را بر مبنای وحدت آنها مورد بررسی قرار دهیم.

۵. تحلیل فقهی وضعیت حق سرقتی و حق کسب و پیشه و تجارت

* سرقتی و نظرات فقهی

مسئله ۱: «اجاره کردن اعیان مستأجره خواه دکه‌ای باشد یا خانه‌ای یا جزئی از آن موجب حقی برای مستأجر (نسبت به اعیان) به نحوی که موجر را از حق اخراج مستأجر، پس از پایان مدت اجاره محروم کند نیست. همچنین اگر طولانی شدن مدت بقاء مستأجر و تجارتش در محل کسب یا خوشنامی و قدرت تجارتهی او باعث توجه مردم به محل کسب او شود، هیچ حقی برای او نسبت به عین مستأجره ایجاد نمی‌گردد. آنگاه که مدت اجاره پایان یافت بر مستأجر واجب است که محل را تخلیه و به صاحبش تسلیم کند. اگر علی‌رغم عدم رضایت مالک در مکان مذکور باقی بماند غاصب و گناهکار خواهد بود. وضامن خسارت وارده بر مکان است حتی اگر این خسارت ناشی از آفات سماوی باشد. همچنین مستأجر باید اجرت المثل محل را تا زمانی که آن را در تصرف دارد به مالکش تسلیم نکرده، بپردازد.

مسئله ۲: اگر مستأجر این، محل غصبی را اجاره دهد عقد اجاره فاسد است و اگر چیزی به عنوان اجاره بها بگیرد حرام است.

مسئله ۳: سرقتی‌ای که غصب در آن صورت می‌گیرد، حرام است و اگر آنچه گرفته است نزدش تلف شود یا خود آن را تلف کند در مقابل مالک آن ضامن خواهد بود.

مسئله ۴: اگر کسی محلی را برای مدت طولانی مثلاً بیست سال اجاره کند و حق انتقال دادن مورد اجاره به غیر را هم داشته باشد و اتفاقاً اجاره محل در ضمن مدت تلقی کند مستأجر می‌تواند محل را به همان مبلغی که اجاره کرده است اجاره دهد و مقداری هم از کسی که ملک را به او اجاره می‌دهد با توافق او به عنوان سرقتی بگیرد.

مسئله ۵: اگر کسی محلی را اجاره کند و بر مؤجر شرط کند که اجاره را برای مدت درازی افزایش ندهد و همچنین شرط کند که اگر محل را به دیگری اجاره داد و منتقل الیه هم به دیگری به

تحلیل و بررسی مزایده و فروش حق سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت ◇ ۹۷

همین ترتیب (چند دست گشت) مؤجر یا مستأجر جدید هم همانند مستأجر اول رفتار کند. (یعنی اجاره را بالا نبرد). سپس اتفاقاً اجاره محل افزایش یابد، مستأجر می‌تواند محل را به دیگری منتقل کند تا او طرف حساب مؤجر واقع شود و مقداری به عنوان سرقفلی (از منتقل الیه) برای دادن محل به او بگیرد و سرقفلی به این عنوان حلال است.

مسئله ۶: اگر مستأجر بر مؤجر ضمن عقد اجاره شرط کند که تا زمانی که او در عین مستأجره است اجاره را زیاد نکند و حق اخراج مستأجر را هم نداشته باشد و مؤجر مکلف باشد که همه ساله محل را به همان مبلغ به مستأجر اجاره دهد. مستأجر حق دارد مبلغی به عنوان سرقفلی از مؤجر یا از شخص دیگری در مقابل اسقاط حق خود یا تخلیه محل بگیرد.

مسئله ۷: اگر مستأجر ضمن عقد بر مؤجر شرط کند که محل را به دیگری اجاره ندهد و همه ساله با اجاره معمولی و متعارف به او (یعنی مستأجر) اجاره دهد، مستأجر می‌تواند در قبال اسقاط حق خود یا تخلیه ملک مقداری بگیرد.

مسئله ۸: مالک می‌تواند هر مقداری که بخواهد به عنوان سرقفلی از شخصی بگیرد تا ملک خود را به او اجاره دهد. همچنین مستأجر در صورتی که حق انتقال به غیر داشته باشد می‌تواند بابت اجاره محل استیجاریش به ثالث در مدت اجاره مبلغی به عنوان سرقفلی بگیرد.

صرف اجاره نمودن اعیان استیجاری دکان باشد یا خانه یا غیر آن حقی برای مستأجر ایجاد نمی‌کند. به نحوی که پس از انقضاء مدت اجاره مؤجر حق بیرون کردن او را نداشته باشد و حتی طولانی شدن مدت اجاره و کسب شهرت در محل کسب توسط مستأجر نیز حقی برای او نسبت به اعیان ایجاد نمی‌کند. (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ۶۵۹).

* حق کسب و پیشه و تجارت

از مجموع نظریات می‌توان نتایج ذیل را استنباط نمود:

الف) برخی مالک را در اخذ وجهی از مستأجر در ابتدای اجاره به عنوان سرقفلی آزاد می‌دانند و فقط در عنوان این وجه و طریقه اخذ آن بر نحوی که مودّی به معصیت نشود و حرام نباشد بحث و اختلاف دارند.

ب) بعضی نیز انتقال عین مستأجره را از مستأجر اول به شخص دیگر پس از انقضاء مدت اجاره در قبال اخذ سرقفلی یا بودن آن - جایز نمی‌دانند و برای تصحیح و حلال ساختن این انتقال به هر حال اذن یا اجازه مالک را به شکلی لازم می‌شمارند.

ج) بیشتر فقها به وجود عرفی که در مورد امکان انتقال عین مستأجره از مستأجر اول به مستأجر دوم، بدون رضایت موجر، موجد حقّی باشد قائل نیستند. و معتقدند که قانونگذار حق ندارد با وضع قانون چنین مجوزی را به طور دائمی برقرار کند و بعضاً معتقدند که دخالت دولت در موارد ضرورت و اضطرار هم فقط باعث ابقاء مستأجر در عین مستأجره و استمرار تصرف او (بدون رضایت مالک) می‌شود. اما حق سرقفلی برای چنین مستأجری ایجاد نمی‌کند.

د) این فرض که ایجاد سرقفلی برای مستأجر محل کسب ناشی از نوعی «شرط ضمنی» است مورد قبول فقها قرار نگرفته و تحقق این حق را منوط به تصریح در عقد و وجود شرط صریح می‌دانند.

۶. قابلیت انتقال سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت

* نداشتن قابلیت انتقال

حقّ کسب یا پیشه یا تجارت و حقّ سرقفلی در مقام اجرای مفاد سند رسمی یا اجرای حکم، قابل توقیف به نفع طلبکار یا محکوم له نیستند و همچنین طلبکار نمی‌تواند آن را از طریق تأمین خواسته در ازای طلب خود توقیف نماید.

۱. اولین دلیل ارائه شده بر این دیدگاه تشکیک در مالیت و مال بودن حقّ کسب یا پیشه یا تجارت (حقّ سرقفلی) است و گفته شده است که حقّ مزبور از مصادیق ملک ان یملک و نوعی

سلطه قانونی است که خود مالیت ندارد و قابل مبادله نیست، اما وسیله‌ای برای رسیدن به مال است؛ مثل حقی که وارث بر ما ترک زائد بر ثلث دارد. حق کسب یا پیشه یا تجارت نیز به تنهایی مالیت ندارد، زیرا به تنهایی قابل مبادله نیست و ارزش اقتصادی ندارد و مستأجر نمی‌تواند در حالی که منافع عین مستأجر را برای خود نگه می‌دارد سرقفلی یا حق کسب و پیشه را به دیگری منتقل کند و عوض آن را دریافت نماید. بنابراین مالیت این حق یک مالیت تبعی است نه استقلالی؛ به همین علت توقیف تابع بدون توقیف متبوع عقلاً محال است. استدلال یاد شده قابل قبول نیست، زیرا مالیت یک امر اعتباری و عرفی است و همان‌گونه که در متن استدلال نیز آمده است حق کسب یا پیشه یا تجارت یک امتیاز و سلطه قانونی است که عرف جامعه برای آن ارزش مالی قائل است و تردید در مالیت آن صحیح نیست و صرف اینکه انتقال یک حق مالی به تبع انتقال مال دیگری صورت گیرد نافی مالیت و ارزش اقتصادی آن نیست. کما اینکه عرف جامعه برای منافع ملک در مدت خاص مبلغ خاصی در نظر می‌گیرد و برای حق کسب و پیشه یا حق سرقفلی مربوط به عین مستأجره نیز ارزش مالی و مبلغ خاصی در نظر می‌گیرد.

۲. این دلیل که در واقع مبتنی بر عدول از استدلال اول و پذیرش مال بودن حق کسب یا پیشه یا تجارت است، در اظهار نظر کمیسیون استفتانات شورای عالی قضایی سابق منعکس است: چون متعاقب بازداشت مال یا حقوق مالی در قبال اجرائیه باید عملیات اجرایی ادامه یابد و با فروش آن محکوم به استیفاء گردد، در حالتی که حق کسب یا پیشه یا تجارت بدون موافقت دارنده حق قابل فروش و انتقال به دیگری نیست و ملازمه با کسب و تجارت مستأجر متصرف دارد و اساساً حق معلق است. بنابراین بازداشت حق کسب و پیشه و تجارت توسط دایره اجرای احکام دادگاه در قبال محکوم به مالی، بدون اینکه وسیله دارنده حق به دیگری منتقل و به صورت طلب محکوم علیه نزد ثالث درآمده باشد، امکان‌پذیر نیست. استدلال مزبور نیز قابل مناقشه است؛ زیرا اولاً نفس بازداشت و توقیف یک حق مالی واجد غرض عقلایی است و

می‌تواند مانع از آن شود که بدهکار یا محکوم علیه آن را به دیگری منتقل نموده و از دارایی خود خارج سازد. ثانیاً در نظریه فوق مصداق دارنده حق مبهم است؛ اگر مقصود از دارنده حق مستأجر دارای حق سرقفلی یا حق کسب و پیشه باشد، رضایت او به عنوان بدهکار و محکوم علیه شرط توقیف مال و فروش اجباری مال توقیف شده نیست. و اگر مقصود مالک ملک و لزوم رضایت اوست، چه بسا این حق را در قرارداد اجاره به مستأجر داده باشد، و در غیر این صورت برای انتقال این حق می‌توان از ترتیبات مذکور در ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۵۶ بهره گرفت.

* قابلیت توقیف و نداشتن قابلیت مزایده

حق سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت قابل توقیف است ولی قابل مزایده نیست. به سبب ضعف استدلال دیدگاه اول و تصریح ماده ۶۲ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا (اصلاحی ۱۳۷۱)، مبنی بر اینکه بازداشت حقوق مدیون نسبت به مال غیر منقول، اعم از سرقفلی یا منافع، جایز است، عده‌ای قابلیت توقیف حق سرقفلی را پذیرفته ولی ادامه عملیات اجرایی و فروش و انتقال اجباری آن را ناممکن دانسته‌اند.

* قابلیت انتقال و قابلیت مزایده

حق سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت به عنوان یک حق مالی و به عنوان یک مال از اموال بدهکار یا محکوم علیه قابل توقیف، مزایده و انتقال اجرایی است. دکترین حقوقی بر این نظریه گرایش داشته و معتقد اند: منشاء تردید از اینجاست که همیشه نمی‌توان سرقفلی را در بازار تبدیل به پول کرد و از محل آن محکوم به را تأمین نمود. ولی این تردید نابجا است؛ همان طور که آسانی و دشواری فروش سایر اموال در تعیین ارزش آنها اثر دارد، در مورد سرقفلی نیز باید این عوامل را در نظر گرفت. لیکن لزوم رعایت پاره‌ای تشریفات نباید در مال بودن حق سرقفلی و امکان توقیف آن به سود خواهان ایجاد تردید کند. طلبکار می‌تواند به جانشینی تاجر و مانند

تحلیل و بررسی مزایده و فروش حق سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت ◇ ۱۰۱

خود او در انتقال سرقفلی اقدام کند. رویه قضایی نیز به همین نظریه گرایش دارد. دیدگاه اخیر منطقی تر و با اصول و موازین حقوقی و لزوم حمایت از طلبکار سازگارتر است و نباید در امکان توقیف و مزایده این حق مالی تردید نمود؛ به ویژه در مواردی که مستأجر سرقفلی ملک را از مالک آن خریده باشد که در این صورت طبق ماده ۶ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۷۶، اصل بر قابلیت انتقال و واگذاری این حق است.

۷. مالیت و مالکیت حق سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت

زمانی اراضی و املاک و نقود که شامل طلا و نقره بود صرفاً دارایی عینی افراد محسوب می گردید. اما امروزه به این دارایی ملموس، دارائی های زیادی اضافه شده است که سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت یکی از این دارایی ها می باشد. قانون مدنی در ماده ۱۱۸ بعضی از حقوق و دعاوی را تابع اموال غیر منقول دانسته و این اموال را غیر منقول تبعی نام نهاده، طبقه بندی اموال منقول و غیر منقول ناظر به اشیاء و اموال مادی است و حقوق مالی و غیر محسوس را نباید در عداد سایر اشیاء خارجی در این تقسیم داخل کرد. بنابراین اگر لازم باشد که حقوق مالی نیز به منقول و غیر منقول تقسیم شود، به جای توجه به ماهیت حقوقی آن باید موضوع حق را در نظر گرفت، بدین ترتیب حقی که موضوع آن مال غیر منقول است به تابعیت از این موضوع غیر منقول تلقی می شود و حقی که بر روی یک شیء منقول اعمال می گردد منقول است. اجرای قاعده کلی در خصوص حقوق عینی و یافتن مصادیق منقول و غیر منقول آن، به آسانی امکان دارد: بدین معنی که اگر حق عینی مربوط به مال غیر منقول باشد، آن حق نیز غیر منقول است و برعکس اگر حق ناظر به شیء منقول باشد به تبعیت از آن منقول است. و در خصوص حقوق دینی معمولاً جز در موارد استثنائی منقول است. حال در ذیل به بررسی حق کسب و پیشه و انطباق آن با اموال منقول و غیر منقول می پردازیم.

* چگونگی حق کسب و پیشه و تجارت

حق کسب و پیشه و تجارت امروزه فعالیت و سرمایه تاجر و نوع اعمالی که انجام می‌دهد بیش از خصایص اخلاقی او حائز اهمیت است. ممکن است مشتریان تجارتخانه‌ای اساساً صاحب آنرا نشناسند، ولی با اعتماد بنام تجاری و فعالیت مؤسسه او علاقه‌مند باشند که اشیاء مورد نیازشان را از فراورده‌های او تهیه کنند. مشتریان دائم تاجر بیشتر از خود تاجر به سرمایه و کالای تجاری و افزار آلات او بستگی دارد، در خصوص مشتریان مدنی، مثل پزشک و وکیل از اعتبار صلاحیت و حسن سلوک شخصی وی از فعالیت‌های او استفاده می‌نمایند

پس اگر بخواهیم مشخص کنیم حق کسب و پیشه چه نوع مالی است باید موضوع این حق را مشخص نماییم، در ماده ۱۸ قانون مدنی انواع حقوق غیر منقول تبعی احصاء گردیده که عبارتند از:

(۱) حق انتفاع از اشیاء غیر منقوله؛

(۲) حق ارتفاق نسبت به ملک غیر؛

(۳) دعاوی راجع به اموال غیر منقوله.

ولی این احصاء دال بر منحصر بودن این نوع از حقوق به موارد مصرحه در ماده ۱۸ نمی‌باشد، بلکه حقوقی؛ چون: حق تحجیر، حق وثیقه، حق سرقفلی، حق کسب و پیشه و تجارت، حق مالکیت، حق حریم، حق مستاجر نسبت به عین مستاجر و بطور کلی تمام حقوق عینی بر اموال منقول، از جمله حقوق غیر منقول تبعی محسوب می‌شوند.

در مورد حق کسب و پیشه و تجارت که اگر عناصر آن را تجزیه کنیم، خواهیم دید از اجزائی همچون کالاها، ابزار کار، علائم و اسم تجاری تشکیل شده که فی الجمله به اعتبار کالاها حق غیر منقول و به اعتبار علائم و اسم تجاری، حق منقول خواهد بود. (دنیر، ۱۳۸۲، ۴۰). لذا با توجه به این تفاسیر حق سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت حق غیر منقول تبعی خواهد بود. در سایر مواد نیز قرآنی وجود دارد که استنباط مذکور را تأیید می‌کند؛ مثلاً:

تحلیل و بررسی مزایده و فروش حق سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت ◇ ۱۰۳

۱. بموجب مستفاد از مواد ۱۷-۱۸-۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶/۵/۲ حق سرقفلی (حق کسب و پیشه یا تجارت) از مال غیر منقول و موضوع اجاره قابل انفکاک نیست، و تنها با واگذاری اجاره محل قابل انتقال است؛ یعنی مستأجر نمی تواند در محل خود بنشیند و سرقفلی آن را نیز انتقال دهد.

۲. مطابق ماده ۱۷ قانون فوق، انتقال حق کسب و پیشه و تجارت فقط با تنظیم سند رسمی امکان دارد، در حالی که می دانیم اموال منقول نیازی به تنظیم سند رسمی ندارد.

هم چنین نظریه شماره ی ۷/۳۳۰ مورخ ۱۳۷۷/۱۲/۱۲ پرونده ی ۱۸۰۳ اداره حقوقی به شرح

ذیل است:

سؤال: با عنایت به این که در مورد حق کسب و پیشه یا تجارت تعریفی از نظر این که این حق در زمره اموال منقول است یا غیر منقول نشده است. لذا خواهشمند است دستور فرمایید کتباً به هیأت بدوی رسیدگی به تخلفات اداری وزارت امور اقتصادی و دارایی اعلام شود، آیا حق کسب و پیشه یا تجارت در زمره اموال منقول یا در حکم اموال غیر منقول است؟

حق کسب یا پیشه یا تجارت از جمله حقوق مالی بوده که قابل توقیف بوده است و چون از طریق کارشناس نیز به ریال تعیین می شود، به علاوه جزو ماترک بوده و از طریق ارث با توجه به ضابطه اموال منقول به میزان یک چهارم یا یک هشتم به همسر می رسد. لذا جزء اموال منقول محسوب می شود.

در این خصوص نظریات کمیسیون حقوقی و قضایی قضات دادگستری استان تهران در جلسه

۸۱/۱۱/۲ که بصورت نظریه اکثریت و نظریه اقلیت در کمیسیون مذکور مطرح گردید را بشرح

ذیل بیان می داریم:

۱. نظریه اکثریت

«با توجه به ماده ۲۰ قانون مدنی و رأی وحدت رویه شماره ۱۳۶۳/۹/۵ هیأت عمومی دیوانعالی کشور حق کسب یا پیشه یا تجارت، در زمره حقوق مالی محسوب می‌شود و ناظر به اجاره مکانی است که برای کسب معاش مستاجر ملک تجاری بوده و از عناصر سازنده این حق «شهرت تجاری» می‌باشد که با توجه به ظاهر کلام مقنن در ماده ۲۰ قانون یاد شده، از مصادیق دیون و در حکم اموال منقول تلقی می‌شود، گرچه عین مستاجر از اموال غیر منقول است، بنابراین، با توجه به صراحت نظر قانونگذار و رأی هیأت عمومی دیوانعالی کشور می‌توان گفت این حق جزء دیون و به عنوان مال منقول محسوب می‌شود.

۲. نظریه اقلیت

اگرچه حق کسب یا پیشه یا تجارت از حقوق مالی تدریجی الحصول بوده، لیکن از آنجا که در ملک غیر منقول استقرار می‌یابد یک مال غیر منقول تبعی به شمار می‌آید. این نظریه با ماده ۱۸ قانون مدنی که حق انتفاع از اشیاء غیر منقوله (حق کسب یا پیشه می‌تواند یکی از مصادیق آن به شمار آید) و دعاوی راجع به آن را در دایره اموال غیر منقول دانسته است، مطابق است. با این وصف قائل شدن به اینکه حق کسب و پیشه یا تجارت در حکم اموال منقول است موجه به نظر می‌رسد.

* مالکیت و راههای تملک

حق کسب و پیشه و تجارت، حق تبعی و تدریجی الحصول می‌باشد و برای مستاجر محل کسب و پیشه و تجارت ایجاد می‌شود. بنا بر اصل این حق به مستاجر محل کسب تعلق دارد. و دلیل این مدعا نیز تبصره ۲ ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۵۶ می‌باشد که می‌گوید: «حق کسب یا پیشه یا تجارت به مستاجر همان محل اختصاص دارد و انتقال آن به مستاجر جدید فقط با تنظیم سند رسمی معتبر خواهد بود». به موجب صدر ماده ۱۹ قانون

تحلیل و بررسی مزایده و فروش حق سرقتی و حق کسب یا پیشه یا تجارت ◇ ۱۰۵

روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶: «در صورتی که مستأجر محل کسب یا پیشه یا تجارت به موجب اجاره نامه حق انتقال به غیر داشته باشد می تواند برای همان شغل یا مشابه آن منافع مورد اجاره را با سند رسمی انتقال دهد و با توجه به اطلاق آن که به مدت اجاره مقید نیست از انتقال مسبق به اذن موجر سخن می گوید و نتیجه چنین انتقالی، طبیعتاً استقرار مالکیت منتقل الیه نسبت به حق کسب و پیشه و تجارت است. پس همان گونه که بیان شد تا اینجا مالک این حق، یا مستأجر اولیه است و یا منتقل الیه - در حالتی که منافع با اذن موجر به وی منتقل شده باشد.

حالت دیگری هم متصور است و آن این که حق کسب و پیشه و تجارت با اخذ مجوز از محکمه به غیر منتقل شود. در این حالت اراده حاکم (یعنی دادگاه) جانشین اراده موجر مستنکف از تجویز انتقال (و نیز مستنکف از تأدیه حق کسب و پیشه و تجارت بر مستأجر در قبال تخلیه و تحویل عین مستأجره) می شود، در این حالت نیز مالک مستأجر می باشد. (کشاوری، ۱۳۸۲، ۱۰۷). اما حالت استثنایی از مالکیت حق کسب و پیشه و تجارت، حالتی است که در تبصره ۱ ماده مذکور بیان شده است که به این شرح می باشد: «در صورتی که مستأجر بدون رعایت مقررات این ماده مورد اجاره را به دیگری واگذار نماید موجر حق درخواست تخلیه را خواهد داشت و حکم تخلیه علیه متصرف یا مستأجر اجرا خواهد شد. و در این مورد مستأجر یا متصرف حسب مورد استحقاق دریافت نصف حق کسب یا پیشه یا تجارت را خواهد داشت.» طبق تبصره ۱ ماده فوق حق کسب و پیشه به کسی تعلق می گیرد که نه با اذن موجر مالک منافع شده و نه دادگاه اجازه انتقال منافع به وی را به مستأجر اول داده است. این حکم از آنجا حکمی استثنائی است که از یک طرف برای مستأجری که با انتقال بدون اذن منافع عین مستأجره به غیر، اقدام به ضرر خود نموده و من غیر حق انتقال صورت گرفته است. لذا در این صورت نصف حق کسب و پیشه و تجارت برای چنین شخصی قائل شده اند. از سوی دیگر برای ثالثی که منتقل الیه این انتقال است و ظاهراً هیچ رابطه قانونی و قابل دفاع یا توجیهی با موجر و عین مستأجره ندارد هم نصف حق کسب و پیشه و تجارت را برای وی در نظر گرفته

است. در نتیجه مستنبط از مباحث فوق مالک حق کسب و پیشه و تجارت ممکن است به چند صورت بشرح ذیل باشد:

(۱) مستأجر اولیه مالک باشد.

(۲) کسی که منافع ملک به او منتقل شده و این انتقال از سوی کسی صورت گرفته که حق انتقال به غیر منافع را داشته است.

(۳) کسی که منافع ملک به او توسط حکم محکمه انتقال یافته است.

(۴) کسی که منافع ملک بدون اذن موجر یا حکم محکمه به او انتقال یافته، که در این صورت مستأجر یا متصرف مستحق نصف حق کسب و پیشه خواهد بود. (همان، ۱۰۸).

ماده ۶ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۷۶ بیان می‌دارد که: «هرگاه مالک، ملک تجاری خود را به اجاره واگذار نماید، می‌تواند مبلغی را تحت عنوان سرقفلی از مستأجر دریافت نماید. همچنین مستأجر می‌تواند در اثناء مدت اجاره برای واگذاری حق خود مبلغی را از موجر یا مستأجر دیگر به عنوان سرقفلی دریافت کند، مگر آنکه در ضمن عقد اجاره حق انتقال به غیر از وی سلب شده باشد.»

تبصره ۱: «چنانچه مالک سرقفلی نگرفته باشد و مستأجر با دریافت سرقفلی ملک را به دیگری واگذار نماید، پس از پایان مدت اجاره مستأجر اخیر حق مطالبه سرقفلی را ندارد.»

تبصره ۲: «در صورتی که موجر به طریق صحیح شرعی سرقفلی را به مستأجر منتقل نماید، هنگام تخلیه مستأجر حق مطالبه سرقفلی به قیمت عادلانه روز را دارد.»

همان گونه که ملاحظه می‌نمایید از تبصره ۱ و ۲ ماده مذکور راه‌های تملک سرقفلی و حق

کسب و پیشه و تجارت را به دو صورت می‌توان بیان نمود:

۱. تملک به طرق صحیح شرعی

باتوجه به اینکه در تبصره ۲ ماده مذکور اصطلاح «طریق صحیح شرعی» را آورده که به معنی بازگشت دوباره به مشهور در فقه و از یاد بردن ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل حاکمیت اراده است، برای گریز از این نتیجه نامطلوب، واژه شرعی را باید به معنی قانون گرفت، زیرا فرض این است که قوانین ما با شرع تعارضی ندارد. پس باید انتقالی را قبول نمود که حقوق آن را نافذ بداند. در قانون سال ۱۳۵۶ انتقال سرقفلی باید همراه با منافع و با سند رسمی انجام پذیرد، لیکن در قانون سال ۱۳۷۶ قید سند رسمی، که ناظر به انتقال از سوی مستأجر است، حذف شده است و از بخش اخیر ماده ۶ تنها همراهی انتقال منافع با سرقفلی استنباط می‌شود.

۲. تملک از طریق انتقال موقت منافع

دومین راه تملک سرقفلی که از تبصره ۱ ماده ۶ قانون روابط مؤجر و مستأجر سال ۷۶ از آن استنباط می‌گردد به تبع انتقال موقت منافع می‌باشد. در قانون سال ۱۳۷۶ سبب ایجاد حق سرقفلی برای مستأجر امتیاز انتفاع مستأجر در مدت اجاره می‌باشد، لیکن چون این امتیاز محدود به مدت معین اجاره است، ارزش آن کمتر از سرقفلی که در مواد ۷ و ۸ همان قانون بیان شده می‌باشد. نتیجه دیگر موقت بودن حق این است که انتقال سرقفلی به دیگران تنها در مدت اجاره معنی دارد. با پایان گرفتن مدت اجاره هم مالکیت منفعت برای مستأجر از بین می‌رود و هم سرقفلی که به تبع آن ایجاد شده از بین می‌رود. به همین جهت در ماده ۶ آمده است که «مستأجر می‌تواند در اثناء مدت اجاره برای واگذاری حق خود مبلغی را از موجر یا مستأجر دیگر به عنوان سرقفلی دریافت کند.»

لذا بطور کلی می‌توان گفت با توجه به تبصره ۱ و ۲ ماده ۶ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۷۶ دو راه تملک سرقفلی و حق کسب و بیشه و تجارت، یکی از راه انتقال مستقیم از مالک

و بدون مدت (تبصره ۲) و دیگری به تبع انتقال موقت منافع می‌باشد. (تبصره ۱)
(کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۵۳)

۸. دعاوی مربوط به حق سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت

* موارد پرداخت کل سرقفلی به مستأجر

«ماده ۱۵ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ مقرر داشته است: در موارد ذیل پس از انقضای مدت اجاره درخواست تخلیه محل کسب یا پیشه یا تجارت از دادگاه جایز است.

(۱) تخلیه به منظور احداث ساختمان جدید.

(۲) تخلیه به منظور احتیاج شخصی برای کسب یا پیشه یا تجارت.

(۳) در صورتی که محل کسب یا پیشه یا تجارت مناسب برای سکنی هم باشد و مالک برای سکونت خود یا اولاد یا پدر یا مادر همسر خود درخواست نماید.

در موارد سه گانه فوق دادگاه ضمن حدود حکم تخلیه به پرداخت حق کسب و پیشه و تجارت نیز حکم خواهد داد.

* تخلیه به لحاظ احداث بنا

یکی از موارد درخواست تخلیه محل کسب و پیشه و تجارت تخلیه به جهت احداث بنا می‌باشد. تخلیه به جهت فوق دو حالت دارد:

(۱) دعوی تخلیه مورد اجاره به جهت احداث بنا به علت خرابی و عدم قابلیت تعمیر آن و یا به واسطه مضر بودن به سلامت و بهداشت محل.

(۲) دعوی تخلیه مورد اجاره به لحاظ احداث ساختمان یا تجدید بنا که یا با محل کسب و پیشه یا تجارت سابق است که در این صورت مستأجر مزبور حق تقدم نسبت به سایرین دارد و یا احداث ساختمان جدید نامتناسب با کسب و پیشه و تجارت سابق که در هر دو حالت از مقصود و منظور موجر لازم و ضروری است و ارائه پروانه ساختمان یا گواهی شهر داری شرط است. «با

تحلیل و بررسی مزایده و فروش حق سرقتی و حق کسب یا پیشه یا تجارت ◇ ۱۰۹

تحصیل پروانه ساختمان یا گواهی شهر داری، موجر برای تخلیه به دلیل دیگری نیاز ندارد و مستأجر هم در برابر چنین دعوایی دفاعی نمی‌تواند بکند مگر اینکه مدعی معجول بودن پروانه یا گواهی می‌شود یا اینکه به پایان یافتن مدت اعتبار پروانه ساختمان استفاده کند و در عمل شهر داریها از صدور گواهی خودداری می‌کنند و موجر ناچار است پروانه ساختمان بگیرد و با توجه به محدود بودن مدت اعتبار پروانه ساختمان موجر باید بلافاصله پس از تحصیل پروانه اقدام به طرح مسکونی کند اگر مالک ظرف ۶ ماه از تاریخ تخلیه ملک، شروع به ساختمان نکند طبق ماده ۱۶ قانون روابط مالک و مستأجر به درخواست مستأجر به پرداخت معادل یک سال اجاره بها یا اجرت در مورد اجاره محکوم می‌شود مگر اینکه این تاخیر ناشی از قوه قاهره یا مبنی بر علل وجهاتی خارج از اراده مالک باشد.»

«طبق ماده ۱۵ قانون روابط موجر و مستأجر پس از احراز و تشخیص دادگاه سبک نظر کارشناس رسمی دادگستری مبادرت به صدور حکم تخلیه با احتساب حق و کسب و پیشه و تجارت حکم خواهد کرد و موجر مکلف است ظرف سه ماه از تاریخ ابلاغ حکم قطعی وجه معین را در صندوق دادگستری تودیع یا ترتیب پرداخت آن را به مستأجر بدهد.»

*** تخلیه به منظور احتیاج شخصی موجر**

«هرگاه موجر ثابت کند شخصا برای اشغال به کسب یا پیشه یا تجارت به عین مستأجر نیاز دارد محکم به تخلیه ملک با پرداخت حق کسب و پیشه و تجارت رای خواهد داد البته در این مورد وجود چند شرط الزامی است اول اینکه موجر باید ملک شش دانگ مورد اجاره باشد و دوم از نیاز واقعی موجر است یعنی صدور حکم تخلیه منوط به احراز نیاز مالک به اشتغال در محل مورد اجاره به منظور ارتزاق است بطوری که اگر مالک در آنجا به کسب و کار بپردازد زندگی اقتصادی و مادی او تامین و اداره نشود.» بنابراین زمانی که موجر منبع در آمدی ندارد و حقوق بازنشستگی

هم ندارد می‌تواند مستأجر را بیرون کند به شرطی که حق سرقفلی را کامل پرداخت کند و تنها کاری که مستأجر می‌تواند بکند این است که بابت دیگری دارد.

* تخلیه محل کسب برای سکونت

طبق بند ۳ ماده ۱۵ قانون روابط مالک و مستأجر در صورتی که محل کسب یا پیشه یا تجارت مناسب برای سکنی باشد با اثبات نیاز خود یا اولاد یا پدر و مادر یا همسرش، آنرا را در قبال پرداخت حق کسب و پیشه و تجارت تخلیه کند.

۹. چگونگی توقیف، مزایده و فروش سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت

می‌توان توقیف سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت را به این معنی دانست که: «مجموعه اقداماتی که اجرای احکام مدنی دادگستری در مقام اجرای احکام دادگاهها و دایره اجرای اداره ثبت در مقام اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجراء و یا برخی دیگر از ادارات دولتی نظیر وزارت دارایی، شهرداری و... در مقام وصول مطالبات دولت انجام گرفته و صاحب حق را از هرگونه دخل و تصرف در حق خود ممنوع می‌دارند».

* قابلیت توقیف حق کسب یا پیشه یا تجارت

بر طبق ماده ۱۹ قانون روابط موجر مستأجر سال ۱۳۵۶ و تبصره‌های آن حق کسب یا پیشه یا تجارت یک حق موجود می‌باشد و هیچ گونه تردیدی در آن راه ندارد، حتی اگر مستأجر حق انتقال به غیر را نداشته باشد می‌تواند هنگام تخلیه ملک مزبور حق خود را از موجر دریافت نماید. (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ۵۶).

۱۰. بازداشت سرقفلی و نحوه مزایده آن

هرگاه محکوم علیه در مکان تجاری حق سرقفلی داشته باشد قابلیت توقیف به عنوان یک حق مال را دارد ولی مزایده یا فروش آن میسر نمی‌باشد مگر با اجازه مالک و در مقابل عده‌ای که

تحلیل و بررسی مزایده و فروش حق سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت ◇ ۱۱۱

اعتقاد دارند در انتقال قضایی رضایت مالک شرط نمی‌باشد باید گفت زمانی این حرف مصداق دارد که قبلاً حکم به تجویز انتقال به غیر صادر شده باشد.

حال بعد از توقیف نوبت به ارزیابی آن می‌رسد و یک کارشناس در واحد اجرای احکام قیمت روز آن مال را اعلام می‌کند. این نظریه کارشناس به طرفین ابلاغ می‌شود و طرفین حق دارند ظرف مدت ۳ روز پس از ابلاغ طبق ماده ۱۷۵ قانون اجرای احکام مدنی به آن اعتراض کنند و اگر اعتراض وارد بود قاضی دستور تجدید ارزیابی مال را بدهد و با قطعیت نظریه ارزیابی نوبت به مزایده مال توقیف شده می‌رسد. لذا لازمه مزایده انتشار آگهی مزایده می‌باشد که این آگهی در یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار با ذکر مشخصات مال توقیف شده و روز و ساعت و مکان و قیمت پایه‌ای که مزایده از آن شروع می‌شود منتشر می‌شود و یک آگهی در مکان برگزاری مزایده و دایره اجرا الصاق می‌شود و آگهی مزایده مذکور باید موعده فروش را طوری تعیین کند که فاصله بین انتشار آگهی و روز فروش بیشتر از یکماه و کمتر از ده روز نباشد و اهمیت دارد که بدانیم در هنگام مزایده حتماً باید نماینده دادستان حضور داشته باشد و ذیل صورتجلسه را امضاء نماید. در مورد وجه و مبلغی که در ابتدای اجاره تحت عنوان سرقفلی توسط مالک از مستأجر اخذ می‌شود، تحلیل‌های مختلفی به شرح زیر ارائه شده است:

تحلیل اول بر مبنای فقهی و منظور آن است که مبلغ مزبور بخشی از اجاره‌بهاست و در واقع اجاره‌بها منقسم به دو بخش است: بخش نقدی و یکجا که در ابتدا گرفته می‌شود و بر آن نام سرقفلی نهاده می‌شود و بخش دیگر که به اقساط و ماهانه از مستأجر اخذ می‌شود. (گلپایگانی، ۱۴۱۴، ۱۲۱).

تحلیل دوم آن است که «... نفس اقدام مالک به انعقاد عقد اجاره، حقی است که مالیت عرفی دارد و ممکن است در مقابل آن پولی دریافت شود.» (کشاورز، ۱۳۹۰، ۱۰۴). براساس این تحلیل، سرقفلی مبلغی است که مستأجر به مالک می‌پردازد تا از میان متقاضیان اجاره ملک، او را ترجیح دهد و با او قرار داد اجاره ببندد. در واقع قرارداد اصلی یعنی قرارداد اجاره، تملیک منافع ملک در مدت معلوم در مقابل عوض یعنی اجاره‌بهای مقرر است و همزمان با

انعقاد این قرارداد یا مقدم بر آن، توافق و قرارداد دیگری مابین طرفین منعقد می‌شود که مطابق آن مستأجر حاضر می‌شود در مقابل اقدام مالک به انعقاد عقد اجاره مبلغی را به ویپردازد. اگر این تحلیل درست باشد و مبلغ سرقفلی صرفاً در مقابل اقدام مالک و حاضر شدن وی برای انعقاد قرارداد اجاره در مدت معلوم پرداخت شود و برای مستأجر هیچ حق دیگری جز منافع عین مستأجره در مدت اجاره پیش‌بینی نشود، در پایان مدت قرارداد، مستأجر ملزم به تخلیه عین مستأجره است، بدون آنکه حق استرداد مبلغ سرقفلی را داشته باشد.

در تحلیل سوم، سرقفلی مبلغی است که مستأجر در ابتدای انعقاد اجاره به موجر قرض می‌دهد. به عبارت دیگر، موجر در ضمن عقد اجاره ملک تجاری در ازای اجاره بها، به مستأجر شرط می‌کند مبلغ معینی به او قرض بدهد و تا زمانی که رابطه استیجاری ادامه داشته باشد، آن را مطالبه نکند. علاوه بر آن موجر در ضمن عقد اجاره بر خودش شرط می‌نماید که در پایان مدت اجاره، تا زمانی که مستأجر بخواهد، اجاره را به همان مبلغ یا اجاره‌بهای متعارف تمدید کند و مستأجر نیز قبول نماید. (فاضل لنکرانی، ۱۳۷۷، ۲۳).

تحلیل چهارم ناظر به سرقفلی به عنوان وجهی است که مستأجر اول از مستأجر ثانی دریافت می‌کند. این تحلیل خود دو شق را تبیین می‌نماید. مطابق شق اول، اگر مستأجر اول قبلاً وجهی علاوه بر اجور به مالک پرداخته باشد، در این حالت مبلغی که مستأجر ثانی به مستأجر اول می‌پردازد، در مقابل عدم مزاحمت و ممانعت وی در تصرف عین مستأجره توسط مستأجر ثانی است و این امر به چند صورت قابل تحلیل است:

۱. هبه معوضه است؛ بدین گونه که مستأجر ثانی، ضمن هبه و تملیک وجه، بر مستأجر اول شرط می‌کند که مزاحم وی در تصرف عین مستأجره نشود. ۲. مبلغ مزبور جعلی است که مستأجر ثانی به مستأجر اول می‌پردازد و مورد جعله عدم اقدام مستأجر اول در ممانعت و مزاحمت برای مستأجر ثانی است. ۳. مبلغ مزبور را مستأجر ثانی به مستأجر اول صلح و

تحلیل و بررسی مزایده و فروش حق سرقفلی و حق کسب یا بیشه یا تجارت ◇ ۱۱۳

تملیک می‌کند و بر مستأجر اول شرط می‌کند که مزاحم تصرفاتش در عین مستأجره نشود.
(حلی، ۱۳۸۴، ۱۲۲-۱۲۷).

اما اگر مستأجر اول خود در ابتدای اجاره‌اش وجهی علاوه بر اجور به مالک پرداخته باشد، در این حالت اگر می‌خواهد معادل همان مبلغ را از مستأجر ثانی بگیرد، حمل بر حواله می‌شود که به موجب آن مستأجر اول مستأجر ثانی را حواله می‌دهد که هنگام تخلیه ملک، مبلغ مزبور را که بر ذمه مالک باقی است، از او مطالبه و دریافت نماید. اگر مبلغ مأخوذ از مستأجر ثانی نیز بیشتر از مبلغ پرداختی مستأجر اول به مالک است، مبلغ مزاد به عنوان هبه، جعاله یا صلح در ازای عدم مزاحمت مستأجر اول در تصرف عین مستأجره توسط مستأجر ثانی، تلقی می‌شود. البته از این دیدگاه برای واگذاری عین مستأجره به مستأجر ثانی، رضایت و موافقت مالک و توافق او برای انعقاد قرارداد اجاره نیز لازم است. (همان، ۱۲۴).

تحلیل چهارم نیز با همه شقوق آن، بر خلاف مفهوم رایج سرقفلی در عرف فعلی جامعه است و با قصد مشترک طرفین مطابقت ندارد. علاوه بر آن با مقررات موضوعه مذکور نیز چندان سازگاری ندارد.

تحلیل پنجم که منطبق با مفهوم عرفی سرقفلی است، آن است که مبلغ مزبور عوضی است که مستأجر به مالک پرداخت می‌کند و مالک نیز در مقابل حقی را به مستأجر واگذار می‌کند که حق سرقفلی نامیده می‌شود. (دفتر مطالعات و تحقیقات دیوان عالی کشور، ۱۳۷۹، ۳۳۲) در واقع، مابین مالک و مستأجر، علاوه بر قرارداد اجاره یا ضمن آن، توافق و معاوضه دیگری نیز صورت می‌گیرد که مطابق آن حق سرقفلی که یک حق مالی است، به عنوان معوض در مقابل عوض و مبلغی که مستأجر تحت عنوان سرقفلی و به عنوان عوض می‌پردازد، واگذار می‌شود. نتیجه این توافق که در عرف (با مسامحه) از آن به فروش سرقفلی تعبیر می‌شود، تحقق حقی برای مستأجر در مورد ملک مورد اجاره است. (صانعی، ۱۳۷۷، ۱۱۴).. در صورت واگذاری حق سرقفلی به دیگری، مبلغی که مستأجر اول از مستأجر بعدی می‌گیرد نیز عوض واگذاری

حق مزبور است. همچنین در مواردی که مستأجر اول مبلغی به عنوان سرقفلی به مالک نپرداخته باشد، لیکن براساس شروط ضمن عقد اجاره حقوقی به دست آورده باشد، می‌تواند در ازای اسقاط آن حقوق مبلغی از مالک دریافت نماید و یا در ازای انتقال و واگذاری آن حقوق مبلغی از مستأجر بعدی دریافت نماید که گاه از آن مبلغ به عنوان سرقفلی یاد می‌شود.

به هر حال، مسلم است که حق سرقفلی و عوض آن متفاوت‌اند. اما آنچه محل بحث است چگونگی این حق و لوازم و آثار آن است. آیا حقی است تابع شخص تاجر و کاسب مستأجر یا حقی است که بر نفس ملک تعلق گرفته و تابع آن است؟ در تعیین ارزش آن، سابقه، اعتبار و معروفیت مستأجر و میزان مشتریان دائم او ملاک محاسبه است یا کیفیت و مساحت بنا و موقعیت و مرغوبیت محل؟ در تقسیم‌بندی اموال، از اموال منقول تلقی می‌شود یا تابع مال غیر منقول است؟

بر مبنای وحدت حق سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت، حق سرقفلی حق آب و گل مستأجر است و به تعبیر حقوقی، امتیازی است که به موجب آن، مستأجر متصرف در اجاره کردن محل کسب خویش بر دیگران مقدم است. به عبارت دیگر، حق تقدم در اجاره یا حق تجدید اجاره یا حق ادامه تصرف در عین مستأجره از آن اوست.

اما از دیدگاهی که این دو حق را متمایز و جدا می‌داند، حق سرقفلی نوعی سلطه قانونی بر ملک مورد اجاره و نیز اعتباری عقلایی است که برای دارنده سرقفلی در مورد ملکی به وجود می‌آید. البته مسلم است که حق سرقفلی با مالکیت عین - مالکیت منفعت و حق انتفاع یا حقوق ارتفاقی - متفاوت است، لیکن اعتبار عقلایی و سلطه قانونی است و در ردیف اعتبارات دیگر در مورد اموال غیر منقول است که در نتیجه آن دارنده حق، در اجاره منافع ملک موضوع حق سرقفلی بر دیگران مقدم است و از این رو، در بعضی از تعاریف حق اولویت نامیده شده است. بر این اساس، سرقفلی نوعی حق عینی برای دارنده سرقفلی بر ملک مورد نظر است.

۱۱. وجوه اشتراک حق کسب یا پیشه یا تجارت با حق سرقفلی

(۱) هر دو حق در دسته‌بندی حقوق، حق مالی محسوب می‌شوند و دارای ارزش اقتصادی می‌باشند.

(۲) هر دو حق قابل انتقال قهری به ورثه می‌باشند خواه مستأجر حق انتقال به غیر داشته باشد یا نداشته باشد این امر مانع انتقال قهری نمی‌باشد.

(۳) هر دو قابلیت انتقال به دیگری را دارند اما با این تفاوت که در قانون سال ۱۳۵۶ برای انتقال دادن باید این حق به مستأجر داده شده باشد در صورتی که در قانون سال ۱۳۷۶ این حق به مستأجر داده شده است مگر آنکه خلاف آن تراضی شود در واقع می‌توان گفت که در قانون سال ۱۳۷۶ بر خلاف قانون سال ۱۳۵۶ اصل بر انتقال منافع از سوی مستأجر می‌باشد مگر آنکه خلاف آن تراضی شود.

(۴) از لحاظ قابلیت توقیف این حقوق و انتقال اجرایی آنها باید گفت، در این خصوص سه دیدگاه وجود دارد: دیدگاه اول: حق کسب یا پیشه یا تجارت و حق سرقفلی، در مقام اجرای مفاد سند رسمی یا اجرای حکم به نفع طلبکار یا محکوم‌له قابل توقیف نیستند و همچنین طلبکار نمی‌تواند از طریق تأمین خواسته، آن را بابت طلب خود توقیف نماید. اولین دلیل ارائه شده بر این دیدگاه، تشکیک در مالیت حق کسب یا پیشه یا تجارت (حق سرقفلی) است. گفته شده است که حق مزبور از مصادیق ملک ان‌یملک و نوعی سلطه قانونی است که خود مالیت ندارد و قابل مبادله نیست، لکن وسیله‌ای برای رسیدن به مال و مانند حقی است که وارث بر ماترک زائد بر ثلث دارد. حق کسب یا پیشه یا تجارت نیز به تنهایی مالیت ندارد، زیرا به تنهایی قابل مبادله نیست و ارزش اقتصادی ندارد؛ چون مستأجر نمی‌تواند در حالی که منافع عین مستأجر را برای خود نگه می‌دارد، سرقفلی یا حق کسب و پیشه را به دیگری منتقل سازد و عوض آن را دریافت کند. به عبارت دیگر، انتقال حق کسب یا پیشه یا تجارت و حق سرقفلی، مستقل از منافع عین مستأجره و بدون انتقال منافع امکان‌پذیر نیست. لذا مالیت این حق، مالیت تبعی

است و نه استقلالی و به همین علت، توقیف تابع بدون توقیف متبوع عقلاً محال است. (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۱، ۶۲). استدلال یاد شده پذیرفتنی نیست، زیرا مالیت امری اعتباری و عرفی است و همان گونه که در متن استدلال نیز آمده است، حق کسب یا پیشه یا تجارت نوعی امتیاز سلطه قانونی است که عرف جامعه برای آن ارزش مالی قائل است و تردید در مالیت آن صحیح نیست. صرف اینکه انتقال یک حق مالی به تبع انتقال مال دیگری صورت گیرد، نافی مالیت و ارزش اقتصادی آن نیست، چنان که عرف جامعه برای منافع ملک در مدت خاص مبلغ خاصی در نظر می‌گیرد و برای حق کسب و پیشه یا حق سرقتی مربوط به عین مستأجره نیز ارزش مالی و مبلغ خاصی منظور می‌کند. به هر حال در این واقعیت تردیدی نیست که حق مالی عموماً و حق سرقتی خصوصاً مال تلقی می‌شوند و واجد خصوصیات مال هستند. به خصوص در مورد مالیت سرقتی در معنای خاص و در مفهوم مذکور در قانون روابط موجر و مستأجر سال ۷۶ که نوعی اعتبار عقلایی در مورد ملک و قابل مبادله و تبدیل به پول است، نباید تردید نمود. دلیل دوم که در واقع با عدول از استدلال اول و پذیرش مال بودن حق کسب یا پیشه یا تجارت همراه است، در اظهار نظر کمیسیون استفتانات شورای عالی قضایی سابق منعکس است: چون متعاقب بازداشت مال یا حقوق مالی در قبال اجراییه باید عملیات اجرایی ادامه یابد و با فروش آن محکوم به استیفا گردد، در حالی که حق کسب یا پیشه یا تجارت بدون موافقت دارنده حق قابل فروش و انتقال به دیگری نیست و ملازمه با کسب و تجارت مستأجر متصرف دارد و اساساً حق معلقی است، بنابراین بازداشت حق کسب و پیشه و تجارت توسط دایره اجرای احکام دادگاه در قبال محکوم به مالی بدون اینکه وسیله دارنده حق به دیگری منتقل و به صورت طلب محکوم علیه نزد ثالث درآمده باشد، امکان پذیر نیست.. استدلال مزبور نیز قابل مناقشه است. زیرا اولاً، نفس بازداشت و توقیف یک حق مالی واجد غرض عقلایی است و می‌تواند مانع از آن شود که بدهکار یا محکوم علیه آن را به دیگری منتقل کند و از دارایی خود خارج سازد. ثانیاً، منظور نظریه فوق از دارنده حق مبهم است. اگر مقصود

تحلیل و بررسی مزایده و فروش حق سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت ◇ ۱۱۷

از دارنده حق، مستأجر دارای حق سرقفلی یا حق کسب پیشه باشد، رضایت او به عنوان بدهکار و محکوم علیه، شرط توقیف مال و فروش اجباری مال توقیف شده نیست. اما اگر مقصود، مالک ملک و لزوم رضایت اوست، چه بسا در قرارداد اجاره این حق را به مستأجر داده باشد و در غیر این صورت، می توان از ترتیبات مذکور در ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۵۶، برای انتقال این حق بهره جست.

دیدگاه دوم: حق سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت، قابل توقیف و لیکن غیر قابل مزایده است. به علت ضعف استدلال دیدگاه اول و تصریح ماده ۶۲ آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا (اصلاحی ۱۳۷۱)، مبنی بر اینکه بازداشت حقوق مدیون در مورد مال غیر منقول - اعم از سرقفلی یا منافع - جایز است، عده ای قابلیت توقیف حق سرقفلی را پذیرفته اند، اما ادامه عملیات اجرایی و فروش و انتقال اجباری آن را ناممکن می دانند. در رأی وحدت رویه شماره ۱۷۷۹ - ۷۱/۷/۱۲ شورای عالی ثبت آمده است: نظر به اینکه مزایده سرقفلی مغایر با حقوق اشخاص ثالث است، لذا هر گونه اقدامی در این مورد، وجهه قانونی نداشته... اداره حقوقی دادگستری نیز در پاسخ به این سؤال که آیا توقیف سرقفلی مغازه بدهکار به تقاضای طلبکار جایز و قانونی است یا نه، اظهار داشته است: توقیف سرقفلی (که میزان آن به وسیله کارشناسی تعیین خواهد شد) وسیله اجرا جایز است، ولی چون این حق معلق است، مادام که منجر نشده و مستقر نگردیده است اتمام عملیات اجرایی مجاز نیست. بعضی از قضات دادگستری نیز توقیف سرقفلی به عنوان یک حق مالی در ازای بدهی دارنده این حق را جایز دانسته اند، لیکن مزایده و انتقال آن را در صورتی ممکن می دانند که مستأجر حق انتقال به غیر داشته باشد یا مالک راضی به انتقال مورد اجاره به غیر باشد. اما در غیر این صورت، صدور دستور تملیک و انتقال مورد اجاره به غیر جایز نیست. مستند این نظریه، ماده ۶۲ اصلاحی سال ۱۳۷۶ آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا عنوان شده است که می گوید: بازداشت حقوق مدیون در مورد سرقفلی یا منافع جایز است، لیکن مزایده آن به لحاظ رعایت منافع اشخاص ثالث جایز

نیست. دیدگاه سوم: حق سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت به عنوان یک حق مالی و به عنوان یک مال از اموال بدهکار یا محکوم‌علیه، قابل توقیف، مزایده و انتقال اجرایی است. دکترین حقوقی به این نظریه گرایش دارد و معتقد است: «منشأ تردید از اینجاست که همیشه نمی‌توان سرقفلی را در بازار تبدیل به پول کرد و از محل آن محکوم‌به را تأمین نمود. ولی این تردید نابجاست. همان‌طور که آسانی و دشواری فروش سایر اموال در تعیین ارزش آنها اثر دارد، در مورد سرقفلی نیز باید این عوامل را در نظر گرفت. لیکن لزوم رعایت پاره‌ای تشریفات نباید در مال بودن حق سرقفلی و امکان توقیف آن به سود خواهان ایجاد تردید کند. طلبکار می‌تواند به جانشینی تاجر و مانند خود او در انتقال سرقفلی اقدام کند.» (کشاورز، ۱۳۹۰، ۲۳). رویه قضایی نیز به همین نظریه گرایش دارد. لذا اکثریت قضات دادگستری تهران معتقدند: سرقفلی به عنوان یک حق مالی قابل توقیف است و چنانچه مستأجر (مدیون) به موجب قرارداد اجاره، اجازه انتقال به غیر را داشته باشد، قابل تملیک می‌باشد و اگر اجازه انتقال به غیر نداشته باشد، با توجه به ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶، چنانچه مالک راضی به پرداخت حق کسب و پیشه در ازای تخلیه ملک نباشد، دادگاه می‌تواند دستور تملیک صادر کند. دیدگاه اخیر منطقی‌تر و با اصول و موازین حقوقی و لزوم حمایت از طلبکار سازگارتر است. نباید در امکان توقیف و مزایده این حق مالی تردید نمود، به ویژه در مواردی که مستأجر سرقفلی ملک را از مالک آن خریده باشد که در این صورت طبق ماده ۶ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۷۶، اصل بر قابلیت انتقال و واگذاری این حق است

از دیگر آثار مشترک این دو حق آن است که مستأجر دارنده این حقوق، پس از انقضای مدت اجاره حق دارد به تصرفات خود در عین مستأجره ادامه دهد. در اجاره‌های محل کسب و پیشه و تجارته که مشمول رژیم حقوقی قانون روابط موجر و مستأجر سال ۵۶ است، با توجه به مفاد مقررات این قانون به ویژه ماده ۶ آن، پس از انقضای مدت قرارداد اجاره، مستأجر می‌تواند به تصرفات خود و بهره‌برداری از منافع عین مستأجره همانند سابق ادامه دهد و در مقابل مکلف

است در صورت عدم تمدید قرارداد و اجرت المثل محل به میزان اجرت المسمی قبلی پرداخت نماید. علاوه بر آن، مطابق ماده ۷ این قانون، در صورتی که مدت اجاره‌نامه منقضی گشته است و طرفین راجع به تنظیم اجاره‌نامه جدید یا تعیین اجاره‌بها و شرایط آن اختلاف داشته باشند، هر یک از آنها می‌تواند برای تنظیم اجاره‌نامه به دادگاه مراجعه کند و الزام خواننده را به تنظیم اجاره‌نامه جدید بخواهد. بنابراین، مطابق مقررات این قانون، مستأجر اماکن تجاری و کسب و پیشه، پس از انقضای مدت اجاره حق ادامه تصرفات در عین مستأجره و حق تمدید و تجدید قرارداد اجاره را دارد. استحقاق مستأجر نیز اعم از این است که وجهی به عنوان سرقفلی به مالک پرداخته باشد یا وجهی نپرداخته و صرفاً به جهت سابقه رابطه استیجاری، حق کسب یا پیشه یا تجارت را کسب کرده باشد. در اجاره‌هایی که مشمول قانون روابط موجر و مستأجر سال ۷۶ است، به موجب تبصره ۲ ماده ۶ این قانون، در صورتی که موجر به طریق صحیح شرعی سرقفلی را به مستأجر منتقل نماید، هنگام تخلیه مستأجر حق مطالبه سرقفلی به قیمت عادلانه روز را دارد. مفهوم این تبصره از دیدگاه اکثریت قضات این است که اگر موجر در پایان مدت قرارداد اجاره تقاضای تخلیه نماید، تخلیه ملک منوط به پرداخت ارزش سرقفلی به قیمت روز به مستأجر دارنده سرقفلی است. (همان، ۲۶). بنابراین مادامی که ارزش سرقفلی به قیمت عادلانه روز به مستأجر پرداخت نشود، با وجود انقضای مدت قرارداد کماکان می‌تواند به تصرفات خود در عین مستأجره ادامه دهد و البته مطابق قاعده باید اجرت المثل منافع آن را به مالک بپردازد. بدیهی است در تقویم اجرت المثل محل باید مالکیت سرقفلی مستأجر و این واقعیت که سرقفلی آن به مستأجر واگذار شده مورد لحاظ قرار گیرد. زیرا عرف مابین اجاره‌بهای محلی که سرقفلی آن واگذار نشده و اجاره‌بهای همان محل در صورتی که سرقفلی آن به مستأجر واگذار شده باشد، تمایز قائل است. به هر حال، قانون روابط موجر و مستأجر سال ۷۶ در خصوص حق مستأجر دارنده سرقفلی مبنی بر تقاضای تنظیم اجاره‌نامه جدید پس از انقضای مدت اجاره‌نامه قبلی ساکت است. براساس تفسیر مضیق مقررات این قانون و

مقتضای اصل عدم نمی‌توان چنین حقی برای دارنده سرقفلی موضوع قانون سال ۷۶ قائل شد. مگر آنکه گفته شود عرف چنین حقی برای مستأجر دارنده سرقفلی قائل است و این حق از لوازم عرفی واگذاری سرقفلی توسط موجر به مستأجر است.

۱۲. وجوه افتراق حق کسب یا پیشه یا تجارت با حق سرقفلی

تفاوت در منشا حق و سبب ایجاد آن با توجه به مقررات قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶، حق کسب یا پیشه یا تجارت به موجب قانون و به واسطه وجود رابطه استیجاری برای مستأجر محل‌های کسب و تجارت و پیشه به وجود می‌آید. گفته می‌شود هر تاجر و کاسبی دو دسته مشتری پیدا می‌کند: مشتریان‌گذری و مشتریان دائم. تعداد مشتریان‌گذری اصولاً مرتبط با موقعیت محل کسب و تعداد مشتریان دائم ناشی از فعالیت مثبت، حسن عمل، مدیریت، ابتکار، شهرت، اعتبار تاجر و تجارتخانه اوست و در هر حال این امر بخشی از سرمایه غیرمادی تاجر را تشکیل می‌دهد. تخلیه محل کسب و تغییر آن موجب می‌شود تاجر و کاسب بخش عمده‌ای از مشتریان خود را از دست بدهد و سرمایه معنوی که در طول سالیان متمادی به عنوان پشتوانه تجارت و کسب خود فراهم کرده، زائل شود. از این رو، قانون برای مستأجر محل کسب و تجارت، در اجاره آن محل نسبت به دیگران حق تقدم و امتیازی قائل است که از آن به حق کسب یا پیشه یا تجارت تعبیر نموده است. این حق نه فقط برای تاجر و کسبه بلکه برای پیشه‌ورانی فراهم می‌شود که به واسطه موقعیت محل و سابقه فعالیت خود در آن محل برای خویش مشتریانی دست و پا کرده‌اند. بنابراین، باید گفت منشأ و سبب ایجاد حق کسب یا پیشه یا تجارت قانون است و سابقه رابطه استیجاری شرط اعطای این حق قانونی است، به گونه‌ای که هر چه سابقه این رابطه طولانی‌تر باشد، ارزش ریالی این حق افزون‌تر است. از آنجا که مبنای ایجاد این حق قانون است، در تحقق اصل حق کسب یا پیشه یا تجارت تفاوتی نمی‌کند که مستأجر مبلغی را به عنوان سرقفلی به مالک یا مستأجر قبلی پرداخته باشد یا خیر. به عبارت

تحلیل و بررسی مزایده و فروش حق سرقفلی و حق کسب یا بیشه یا تجارت ◇ ۱۲۱

دیگر، فرقی نمی‌کند که مالک سرقفلی مغازه را در ازای اخذ مبلغی به مستأجر واگذار نموده باشد یا نه. به محض برقراری رابطه استیجاری، این حق به تدریج و به موجب قانون برای مستأجر محل کسب و تجارت و پیشه فراهم می‌شود. البته پرداخت سرقفلی توسط مستأجر به موجر، در تقویم و افزایش ارزش این حق مؤثر خواهد بود. همچنین تفاوتی نمی‌کند که در قرارداد اجاره این حق برای مستأجر شناخته شده باشد یا از وی سلب شده باشد و در هر حال طبق مواد ۳۰ و ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶، این حق برای مستأجر به وجود می‌آید. اما حق سرقفلی در معنای خاص خود و در مفهوم مورد نظر قانون روابط موجر و مستأجر، حقی است که از قرارداد اجاره یا قرارداد فروش و واگذاری سرقفلی یا هر عقد لازم دیگری برای مستأجر حاصل آید. به عبارت دیگر، منشا و سبب تحقق این حق، عقد و قرارداد مابین موجر و مستأجر است که قانون نیز به آن اعتبار و رسمیت بخشیده است. این حق برای مستأجر اماکن تجاری به طور کلی به دو صورت محقق می‌شود: صورت اول آن است که مالک با دریافت عوض و مبلغی به عنوان سرقفلی، حق سرقفلی را به مستأجر فروخته یا صلح نموده و به هر عنوان منتقل نموده باشد. صورت دوم که مصادیق متعددی را در بر می‌گیرد، آن است که ضمن عقد اجاره، شرطی به نفع مستأجر و علیه مالک گنجانده شود که به مقتضای آن تا زمانی که عین مستأجره در تصرف مستأجر باشد، مالک حق افزایش بها و تخلیه عین مستأجره را نداشته باشد و متعهد شود که پس از انقضای مدت، هر ساله عین مستأجره را به همان مبلغ به او واگذار نماید (قانون روابط موجر و مستأجر، مصوب ۱۳۷۶، ماده ۷ و ۸) یا شرط شود که مالک عین مستأجره را به غیر مستأجر اجاره ندهد و هر ساله آن را به اجاره متعارف به مستأجر متصرف واگذار نماید. (همان) در این موارد و به طور کلی در تمامی مواردی که مستأجر به موجب شرط ضمن عقد، حقی به عین مستأجره پیدا می‌کند، مستأجر حق سرقفلی یا امتیازی شبیه آن را به دست می‌آورد که بعداً می‌تواند آن را با دریافت عوض به مستأجر بعدی واگذار نماید و یا با اخذ مبلغی از مالک حق خود را اسقاط نماید. بنابراین، سبب حق سرقفلی در معنای خاص آن،

پرداخت عوضی به نام سرقتی یا وجود شرط ضمن عقدی به نفع مستأجر است و به طور کلی این حق منشأ قراردادی دارد.

۱. سرقتی معمولاً به مالک پرداخت می‌شود یا به مستأجر قبلی که دارنده این حق است، اما حق کسب یا پیشه یا تجارت، مطابق ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۵۶، به مستأجر متصرف پرداخت می‌شود. البته می‌توان گفت که آنچه به مالک پرداخته می‌شود، عوض حق سرقتی است و آنچه به مستأجر پرداخت می‌شود نیز حق کسب یا پیشه یا تجارت نیست، بلکه عوض آن است. به هر حال، مطابق مواد ۷ و ۸ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۷۶، مستأجر اماکن تجاری نیز می‌تواند با دریافت مبلغی به عنوان سرقتی از مالک، حق خود را اسقاط نماید.

۲. میزان و ارزش سرقتی در موارد واگذاری آن از مالک به مستأجر، توسط مالک پیشنهاد و با توافق طرفین تعیین می‌شود. اما میزان و ارزش حق کسب یا پیشه یا تجارت توسط دادگاه و با جلب نظر کارشناسی تعیین می‌شود. البته در مواردی که مستأجر سرقتی را مجدداً به مالک واگذار می‌نماید، به موجب ماده ۱۰ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۷۶، ارزش آن در صورت عدم توافق طرفین با نظر دادگاه تعیین خواهد شد.

۳. حق سرقتی ابتدائاً و بدون وجود رابطه استیجاری اعتبار و فرض می‌شود و توسط مالک به مستأجر واگذار می‌شود، در حالی که حق کسب یا پیشه یا تجارت در معنای خاص آن در زمان انعقاد قرارداد وجود ندارد و به تدریج و به واسطه تداوم رابطه استیجاری برای مستأجر ایجاد می‌شود.

۴. در تعیین ارزش سرقتی معمولاً نوع بنا و کمیت و کیفیت آن و موقعیت محلی ملک و تجهیزات و امکانات آن ملاک محاسبه قرار می‌گیرد. اما در تعیین ارزش حق کسب یا پیشه یا تجارت، اصولاً باید طول مدت اجاره و حسن شهرت مستأجر که در معروفیت محل مزبور مؤثر افتاده است و نوع کسب و پیشه و تجارت، ملاک محاسبه قرار گیرد؛ اگر چه در عمل کارشناسان همان معیارهای نوعی را در تعیین ارزش حق کسب و پیشه نیز مورد لحاظ قرار می‌دهند. (کاتوزیان، ۱۴۰۱: ۵۲۰).

تحلیل و بررسی مزایده و فروش حق سرقفلی و حق کسب یا پیشه یا تجارت ◇ ۱۲۳

۵. در بعضی مقررات پیش‌بینی شده که در صورت اجرای طرح دستگاه دولتی یا شهرداری، به مالک مکان تجاری که خودش بهره‌برداری می‌کند و اجاره داده نشده است، مبلغی به عنوان سرقفلی یا حق واگذاری پرداخت شود. به دیگر سخن، در تعیین ارزش ملک که در معرض اجرای طرح عمومی قرار گرفته، ارزش سرقفلی آن نیز محاسبه و به مالک پرداخت می‌گردد. در اینجا منظور از سرقفلی قابلیت تجاری محل است که به دلیل محروم شدن مالک از کسب و تجارت خودش، مبلغی به عنوان سرقفلی محل به او داده می‌شود. می‌توان گفت سرقفلی حق واگذاری این شخص به دیگران است که اگر طرح اجرا نمی‌شد، می‌توانست سرقفلی را به دیگران واگذار نماید یا مکانی را که قابلیت تجاری دارد برای بهره‌برداری تجاری به دیگران واگذار کند. این در حالی است که براساس تبصره ۲ ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر، حق کسب یا پیشه یا تجارت به مستأجر همان محل اختصاص دارد و نه به مالک آن.

۶. حق کسب یا پیشه یا تجارت در قرارداد اولیه اجاره و قراردادهای بعدی قابل اسقاط و اعراض نیست. یک دلیل این است که چنین حقی در طول رابطه استیجاری و به تدریج برای مستأجر به وجود می‌آید و لذا سلب و اسقاط این حق در قرارداد اولیه اجاره، اسقاط مالیم یجب خواهد بود. دلیل دیگر، امره بودن مقررات قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ است که با توجه به ماده ۳۰ آن قانون، هرگونه شرط و توافقی به منظور سلب و اسقاط و اعراض از حق کسب یا پیشه یا تجارت مستأجر در قرارداد اولیه و قراردادهای بعدی اجاره، کان لم یکن و فاقد اعتبار قانونی است. اما سرقفلی در معنای خاص آن و در مفهوم قانون سال ۷۶، ممکن است توسط مالک ملک برای خودش حفظ شود و به مستأجر منتقل نگردد و به هر حال در صورت انتقال آن به مستأجر، به عنوان یک حق از جانب دارنده آن قابل اسقاط به نحو معوض یا بلا عوض خواهد بود.

۷. تفاوت دیگر این دو حق در مشروعیت و جواز شرعی آنهاست. براساس دیدگاه اکثریت قریب به اتفاق فقیهان معاصر، به صرف رابطه استیجاری و سابقه مستأجر در محل، هیچ‌گونه حقی برای مستأجر اماکن تجاری به وجود نمی‌آید و او ملزم به تخلیه ملک در پایان مدت اجاره

است. اما مالک می‌تواند با دریافت عوض و مبلغی به عنوان سرقفلی یا براساس شروط ضمن عقد اجاره، حق سرقفلی ملک را به مستأجر واگذار نماید. تبصره ۲ ماده ۶ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۷۶، مشعر به دیدگاه فقهی است که تنها در صورتی که موجر به طریق صحیح شرعی سرقفلی را به مستأجر منتقل نماید، مستأجر از حق سرقفلی برخوردار خواهد بود. طرق صحیح شرعی از دیدگاه فقها که در مواد ۷ و ۸ همان قانون به بعضی از آنها اشاره شده است، واگذاری حق سرقفلی به مستأجر در مقابل دریافت عوض مالی توسط مالک به صورت عقد بیع یا صلح یا شرط نتیجه در ضمن عقد اجاره یا جعل شروطی در ضمن عقد اجاره به نفع مستأجر و علیه موجر است که مقتضای آن شرط، ایجاد چنین حقی یا لوازم آن به نفع مستأجر باشد. (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ۲۱۰).

۸. تفاوت دیگر این دو حق در اسباب سقوط و زوال آنهاست. حق کسب یا پیشه یا تجارت، تنها در صورت وقوع یکی از تخلفات مذکور در ماده ۱۴ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶، توسط مستأجر زائل می‌شود. البته در مورد تخلف مستأجر مبنی بر انتقال منافع به غیر بدون داشتن جواز آن، مطابق تبصره ماده ۱۹ آن قانون، نصف حق کسب یا پیشه یا تجارت پرداخت می‌شود. اما در مورد مستأجری که مالک سرقفلی در مفهوم قانون روابط موجر و مستأجر سال ۷۶ است، می‌توان گفت تخلف مستأجر صرفاً موجب حق فسخ اجاره برای موجر و تخلیه ملک می‌گردد، لیکن موجب سقوط و زوال حق سرقفلی نمی‌شود. البته در مورد اماکن استیجاری که تابع رژیم حقوقی قانون روابط موجر و مستأجر سال ۵۶ است، این تردید و اختلاف نظر وجود دارد که آیا تخلف مستأجری که علاوه بر حق کسب یا پیشه یا تجارت، سرقفلی ملک را به نحو معوض از مالک خریده است، موجب سقوط کلیه حقوق وی می‌شود یا صرفاً موجب اسقاط حق کسب یا پیشه یا تجارت در معنای خاص آن است و حق سرقفلی وی هنگام تخلیه باید به قیمت عادلانه روز پرداخت شود. (کشاورز، ۱۳۹۰، ۸۹).

نتیجه گیری

خصوص توقیف و تملیک سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت، در هر صورتی، چه قایل به تفکیک این دو حق باشیم و یا معتقد به وحدت باشیم، هیچ منع قانونی ندارد، زیرا در صورت قایل شدن به جدایی سرقفلی از حق کسب و پیشه و تجارت با عنایت به اینکه سرقفلی حق منجزی است توقیف و تملیک آن به طلبکار با هیچ مانعی مواجه نخواهد بود و به حق مالک عین یا ثالث دیگر، خدشه‌ای وارد نخواهد ساخت و نظریه قدیمی اداره حقوقی و یا رای شورای عالی ثبتی که در این خصوص اعلام شده تماماً راجع به حق کسب و پیشه و تجارت بوده است نه سرقفلی. اما در مورد حق کسب و پیشه و تجارت اگر چه مانند حق سرقفلی حق کاملاً آزاد نمی‌باشد و ممکن است در پی حوادثی مانند تغییر شغل مستأجر و غیره زایل شود، اما چون این حق یک حق مالی می‌باشد و قابل داد و ستد و دارای ارزش اقتصادی است، صرف وجود احتمالات نمی‌توان حق موجود فعلی را نادیده گرفت، بنابراین توقیف و تملیک حق کسب و پیشه و تجارت نیز هیچ منع قانونی ندارد. اما در صورتی که قایل به وحدت این دو حق باشیم در این حالت نیز هیچ منع قانونی وجود ندارد، چرا که وقتی حقی را می‌توان جداگانه توقیف و تملیک کرد بر فرض که آن دو حق، تبدیل به یک حق ادغامی و واحد گردد، ماهیت آنها هیچ تغییری نمی‌یابد تا منع توقیف، فروش و تملیک، حادث شود، در نتیجه رای مورخه ۷۱/۷/۱۲ شورای عالی ثبت صحیح نبوده و به نظر می‌رسد جهت استیفاء حقوق اشخاص نیاز به طرح مجدد در شورا و اصلاح دارد. البته مستند این رأی که ماده ۵۴ آیین نامه مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا می‌باشد نیز ضرورت باز بینی کامل از طریق رئیس قوه قضائیه دارد. با توجه به آنچه شرح گذشت، باید عنوان کرد که در نظام حقوقی ایران، در حال حاضر حق کسب و پیشه در قانون ۱۳۷۶ رسمیت ندارد، و علت عمده آن غیر شرعی بودن این حق از دیدگاه فقها است. در نتیجه به موجب این قانون هر قرارداد اجاره‌ای که از سال ۷۶ به بعد در خصوص اماکن تجاری منعقد شده، گرفتن سرقفلی در آنها جایز است، اما حق کسب و پیشه و تجارت به مستأجر تعلق

نمی‌گیرد. اگر در ابتدای مدت اجاره مبلغی به عنوان سرقفلی به موجر پرداخت کرده باشد، بعد از پایان مدت اجاره یا زمان تخلیه وی حق مطالبه سرقفلی به قیمت عادلانه روز را دارد. همچنین اگر ضمن عقد اجاره، شرطی به نفع مستأجر و علیه مالک گنجانده شود که به مقتضای آن تا زمانی که عین مستأجره در تصرف مستأجر باشد، مالک حق افزایش بها و تخلیه عین مستأجره را نداشته باشد و متعهد شود که پس از انقضای مدت، هر ساله عین مستأجره را به همان مبلغ واگذار نماید، می‌تواند از موجر یا مستأجر بعدی مبلغی به عنوان اسقاط این حق خود دریافت بدارد. در این باره پیشنهاد می‌گردد تا پس از رفع ابهامات و ایرادات توسط قوه مقننه و تصویب قوانین شفاف، از طریق صدا و سیما و نشریات و مجلات نسبت به آگاه‌سازی و آموزش مردم اقدامات شایسته‌ای صورت گیرد و به تبیین ابعاد حقوقی سرقفلی و حق کسب و پیشه و تجارت پردازیم، همچنین قبل از آنکه طرفین اقدام به معامله‌ای در این خصوص نمایند؛ الزاماتی مبنی بر رجوع به مشاوره حقوق صورت گرفته تا افراد با اطلاع کامل اقدام به معامله نمایند. همچنین در خصوص محاکم و با صدور بخشنامه یا تصویب قوانین واحد و متحد الشکل از تفسیرهای گوناگون محاکم جلوگیری بعمل آید.

منابع و مآخذ

الف) کتب فارسی

۱. دهخدا، علی اکبر، (۱۳۸۵)، فرهنگ دهخدا، چاپ هیجدهم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۲. بهرامی، بهرام، (۱۳۹۲)، اجرای احکام مدنی، چاپ اول، تهران، انتشارات نگاه بینه.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۴۰۲)، ترمینولوژی حقوق، چاپ سی و هفتم، تهران، انتشارات گنج دانش.
۴. زینالی، مهدی، (۱۳۹۵)، شیوه‌های عملی طرح و دفاع از دعوای سرقتی، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل.
۵. ستوده تهرانی، حسن، (۱۳۸۵)، حقوق تجارت، جلد اول، چاپ اول، تهران، نشر دادگستر.
۶. عمید، حسن، (۱۴۰۲)، فرهنگ فارسی، چاپ چهل و سوم، تهران، انتشارات امیرکبیر.
۷. کاتوزیان، ناصر، (۱۴۰۱)، دوره عقود معین، چاپ هفتم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۸. _____، (۱۴۰۲)، قواعد عمومی قراردادها، چاپ نهم، تهران، انتشارات میزان.
۹. کشاورز، بهمن (۱۳۹۰)، سرقتی و حق کسب یا پیشه یا تجارت در حقوق ایران و فقه اسلام، چاپ دهم، تهران، انتشارات کشاورز.

ب) کتب عربی

۱۰. حلی، حسین، (۱۳۸۴)، بحوث الفقهی، چاپ هفتم، قم، چاپخانه نجف.
۱۱. صافی گلپایگانی، لطف الله (۱۴۱۴)، توضیح المسائل، چاپ اول، قم، دارالقران کریم.

۱۲۸ ◇ فصلنامه علمی - ترویجی فقه پویا (حرفه‌ای)

۱۲. صانعی، یوسف، (۱۳۷۷) مجمع المسائل، جلد اول، قم؛ دفتر تبلیغات اسلامی.

۱۳. فاضل لنکرانی، محمد رضا، (۱۳۷۷) جامع المسائل، جلد ۳، قم، چاپ مهر.

۱۴. موسوی خمینی، روح الله (۱۳۷۹) تحریرالوسیله، چاپ اول، قم، مؤسسه انتشارات

دارالعلم.

ج) مقالات

۱۵. دنیر، موسی، (۱۳۸۲)، سرفلی، شماره سوم، مجله پژوهشی دانش پژوهان.

۱۶. عبدی پورفرد، ابراهیم (۱۳۸۴)، رویکرد تحلیلی بر ماهیت حق کسب یا پیشه، شماره

ششم، نشریه فقه و حقوق.

ساز و کار ارتباط دادستانی دیوان کیفری بین‌المللی (ICC) با کشورها در جمع‌آوری دلایل



ابوالفضل علیزاده^۱؛ محمد زینالی^۲

چکیده

نظام حقوقی دیوان رویکردی نظام مند، شایسته و گسترده به مقتضی بودن تعقیب دارد. بر خلاف نظام‌های ملی تعقیب تنها در اختیار دادستان نیست، بلکه وظیفه مشترک دادستان و شعبه مقدماتی است. گرچه دادستان در عملکرد خود مستقل است ولی تصمیمات وی تحت نظارت شعبه مقدماتی قرار دارد. مسأله تعهد دولت‌ها به همکاری در حقوق بین‌الملل کیفری به دلیل موانع حقوقی و سیاسی موجود بر سر راه اعمال صلاحیت محاکم کیفری بین‌المللی در سطح ملی، پیوسته مورد توجه حقوق دانان بوده و مقدمه ضروری جهت اجرایی نمودن عدالت کیفری محسوب می‌شود. کشورهایی مانند سودان، آفریقای جنوبی و کنیا و سایر دولت‌های عضو اتحادیه آفریقا از جمله دولت‌هایی هستند که از همکاری با دیوان کیفری بین‌المللی خودداری نموده‌اند و همین امر موجب شده دیوان نتواند وظایف خود را به خوبی انجام دهد. همکاری‌ای

۱. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد واحد تبریز

Abolfazlalizade۰۰۱@gamil.com

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد جزا و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد واحد تبریز

Zeynali۲۰mohammad@gmail.com

که وجود آن در حوزه کشورهای غیر عضو نادر بوده است هرچند که دیوان معتقد است دولت‌های غیر عضو نیز باید در مواقعی که لازم می‌داند و از آن‌ها درخواست می‌نماید با دیوان همکاری کنند. در واقع مقاله حاضر به این موضوع می‌پردازد که دولت‌های عضو و غیر عضو با چه تعهدات و الزامات داخلی و بین‌المللی برای تنظیم رابطه خود با دیوان کیفری بین‌المللی مواجه هستند؟ روش تحقیق در پژوهش حاضر، توصیفی - تحلیلی و کتابخانه‌ای است.

واژگان کلیدی: دیوان کیفری بین‌المللی، دادستانی، جمع‌آوری دلایل، تعهد دولت‌ها.

مقدمه و بیان مسأله

با تحولات بوجود آمده در حقوق بین‌الملل به ویژه در سال‌های پس از جنگ جهانی دوم، کنار تعهدات منبعث از توافق اراده دولت‌ها، نوع دیگری از تعهدات بین‌المللی بر عهده دولت‌ها شناسائی گردیده است که مبنای الزام آور آنها با مبنای کلاسیک تعهدات، متفاوت می‌باشد. در این تعهدات، الزامات بین‌المللی دولت‌ها نه لزوماً بر اساس توافق، بلکه در راستای منافع جامعه جهانی و در پرتو اصل تعهد در برابر همه و تعهدات عام الشمول شکل گرفته و بر اساس این تعهدات، حاکمیت‌ها در رعایت مقررات مزبور، دارای مسئولیت در برابر همه تلقی گردیده‌اند. این تعهدات در صورت وجود دامنه‌های مشخص و مرزهای روشن، واجد رژیم خاص حقوقی منبعث از مقررات حقوق معاهدات و یا رژیم حقوقی ناشی از تعهدات عام و مقررات عرفی بوده و بر همین اساس نقض این نوع تعهدات، در بردارنده مسئولیت بین‌المللی ناقض یا ناقضین آنها می‌باشد. در این میان در برخی از معاهدات بین‌المللی اعم از معاهدات و کنوانسیون‌های حقوق بین‌الملل عام و شاخه‌های مختلف آن از جمله حقوق بین‌الملل کیفری، حقوق بین‌الملل محیط زیست، حقوق بین‌الملل بشردوستانه و حقوق بشر، دولت‌ها دارای تعهدی تحت عنوان تعهد به همکاری می‌باشند که برخلاف تعهدات پیش گفته، دارای مصادیق عینی صریح و مرزهای روشنی نبوده و طی آن، دولت‌ها مکلف به همکاری با یکدیگر یا با یک مرجع بین‌المللی گردیده‌اند که از نمونه‌های آن، تعهد به همکاری ذکر شده در منشور ملل متحد می‌باشد. اهداف تأسیس دیوان کیفری بین‌المللی، اجرای عدالت همگانی، لغو مصونیت، کمک به پایان دادن به منازعات، رفع نواقص دادگاه‌های کیفری موقت، تعقیب و محاکمه مجرمین در صورت عدم تمایل یا عدم توانایی دادگاه‌های کیفری ملی و ایجاد بیم و هراس برای جنایتکاران بین‌المللی در آینده است (حبیب زاده و دیگران، ۱۳۸۴). عدالت ترمیمی، برخلاف عدالت کیفری که دعوی کیفری را به عنوان دعوی بین دادستان و متهم

محسوب می‌کند، بر این اعتقاد است که دعوی کیفری در اصل متعلق به متهم و بزه دیده است و از این رو مشوق مشارکت بزه دیده و بزه‌کار است (غلامی، ۱۳۹۰). دیوان کیفری بین‌المللی^۱ به موجب اساسنامه رم با هدف مقابله با بی‌کیفرمانی اشخاص حقیقی تأسیس شد. اساسنامه دیوان با حذف نهاد بازپرسی، دادستان دیوان را به عنوان ریاست دادسرا عهده‌دار تعقیب و تحقیق جرایم داخل در صلاحیت ذاتی دیوان کرده است (ماده ۱۵ اساسنامه). امروزه در نظام‌های ملی، ضرورت‌های متعددی زمینه‌ساز گرایش حقوق کیفری به قاعده اقتضاء تعقیب و فاصله گرفتن از قاعده تعقیب اجباری شده‌اند. بنا بر الزامات یادشده به ویژه در رابطه با ابعاد عملی و مدیریتی و با توجه به گستره وسیع صلاحیت جهانی، حجم انبوه شکایات و منابع محدود، رویکرد دیوان کیفری بین‌المللی نسبت به قاعده اقتضاء تعقیب بررسی می‌شود. (بابایی و همکاران، ۱۳۹۹: ۷۷). گاهی مقام تعقیب با وجود کفایت ادله و انتساب رفتار مجرمانه، بنا بر اقتضائاتی به جای تعقیب متهم پرونده را بایگانی یا تعقیب را معلق می‌سازد. اختیار تعقیب در نظام‌های ملی وظیفه دادستان است، لیکن حدود این اختیار در کشورهای مختلف تابع قاعده واحدی نیست. معیارهای گزینشگری و اولویت دهی در تعقیب مهم‌ترین جرائم و مکانیسم نظارت بر آن، منطبق بر قاعده اقتضاء تعقیب و نوید بخش دادرسی منصفانه در دیوان است، و می‌تواند الگوی مناسبی در یکنواخت کردن شیوه‌های تحقیق و تعقیب در نظام‌های ملی از جمله نظام کیفری ایران باشد که به این قاعده اقبال لازم نشان نداده است.

۱. دیوان کیفری بین‌المللی

دیوان کیفری بین‌المللی، پس از آنکه ۶۰ کشور جهان، اساسنامه آن را در ژوئیه سال ۲۰۰۲ از تصویب نهایی گذراندند، در لاهه هلند آغاز به کار کرد. در کنار دولت‌های عضو، دولت‌های غیر عضو را می‌توان به ۳ گروه تقسیم کرد: اول، دولت‌هایی که اساسنامه را امضا کرده‌اند ولی

* International Criminal Court

ساز و کار ارتباط دادستانی دیوان کیفری بین‌المللی (ICC) با کشورها در جمع‌آوری دلایل ◇ ۱۳۳

آن را به تصویب نرسانیده‌اند احتمالاً به این دلیل که در حال مطالعه و بررسی تصویب هستند. دوم، کشورهایی که اساسنامه را امضا نکرده‌اند و اکنون فقط می‌توانند آن را تصویب کنند یا تصویب نکنند. اینان نیز ممکن است در حال مطالعه و بررسی تصویب باشند یا اینکه اساساً قصد تصویب نداشته باشند. نهایتاً گروه سوم از کشورها که اساسنامه را امضا کردند ولی بعدها امضای خود را پس گرفتند و بدین ترتیب عدم رضایت خود را از پیوستن به دیوان آشکار نمودند. ((Cryer, ۲۰۱۹). بررسی‌ها نشان می‌دهد که دیوان کیفری بین‌المللی به دلیل ماهیت، ساختار و صلاحیت‌های خود به گونه‌ای طراحی شده است که همه دولت‌ها - چه آنان که عضو هستند و چه آنهایی که عضو نیستند - باید برای تنظیم روابط خود با دیوان کیفری بین‌المللی دست به قانونگذاری بزنند؛ هر چند طبیعی است که الزامات دولت‌های عضو با الزامات دولت‌های غیر عضو متفاوت است و هر چند که الزامات دولت‌های غیر عضو بیش از آنکه بین‌المللی باشد داخلی است.

۲. الزامات قانونگذاری کشورهای عضو

کشورهایی که با تصویب اساسنامه به عضویت دیوان کیفری بین‌المللی درآمده‌اند خودبه‌خود مقررات اساسنامه را پذیرفته‌اند. یعنی اولاً پذیرفته‌اند که عناوین مجرمانه موضوع ماده ۵ - به شرح و تعریفی که در مواد ۶ تا ۸ آمده است - جرم است و ثانیاً این جرائم می‌تواند در دادگاه‌های داخلی مورد رسیدگی قرار گیرد و ثالثاً در غیاب دادگاه‌های داخلی، یعنی ناتوانی یا بی‌رغبتی آنها در رسیدگی، دیوان کیفری بین‌المللی صلاحیت رسیدگی به آنها را دارد. اما این پذیرش به معنای آن نیست که صرف پیوستن به دیوان کافی است تا دادگاه‌های داخلی یک کشور بتوانند به آن جرایم رسیدگی نمایند. زیرا برای رسیدگی به جرم علاوه بر جرم‌انگاری، لازم است که دادگاه صالح و آئین دادرسی نیز مشخص شود. همچنانکه صرف پیوستن به اساسنامه کافی نیست تا دولت عضو در اموری از قبیل دستگیری یا تحویل متهمین بتواند با دیوان همکاری

نماید. خلاصه اینکه کشورهای عضو اساسنامه برای تنظیم روابط خود با دیوان به دوگونه قانون گذاری نیازمندند: ۱) جرم انگاری عناوین کیفری اساسنامه و تعیین دادگاه صالح و آئین دادرسی برای اینکه خود بتوانند به جرائم رسیدگی کنند. ۲) وضع قواعد مربوط به نحوه همکاری با دیوان برای آنکه به الزامات عضویت خود در اساسنامه پاسخ گفته باشند. (Ashworth, ۲۰۲۰).

۱-۲. الزامات قانون گذاری برای اعمال صلاحیت تکمیلی

نظر می‌رسد که چنین تمایل و اینگونه محاکم را همچنان باید به دیده استثناء نگریست چه، اساساً ابداع صلاحیت صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی، تکمیلی است. صلاحیت تکمیلی تاسیس بدیعی است که با اساسنامه رم پایه عرصه عالم اعتبار نهاده است. منظور از صلاحیت تکمیلی این است که دیوان در صورتی به جرائم موضوع اساسنامه (نسل کشی، جرایم جنگی، جرائم علیه بشریت و تجاوز) رسیدگی خواهد کرد که دادگاه‌های داخلی کشورها. اعم از عضو یا غیرعضو - مایل یا قادر به رسیدگی به آن جرائم نبوده یا نباشند. یعنی دیوان اولین مرجع رسیدگی به این جرائم نیست بلکه آخرین است و به تعبیر دیباچه اساسنامه، «دیوان کیفری بین‌المللی که به موجب این اساسنامه تاسیس می‌شود تکمیل کننده محاکم کیفری خواهد بود» و اگر بخواهیم از تعبیری کم و بیش سیاسی استفاده کنیم باید بگوئیم که دیوان، عامل و اهرم فشار به دادگاه‌های داخلی است تا در رسیدگی به آن جرائم کوتاهی ننمایند، هر چند دیوان فقط اهرم فشار نیست بلکه خود نیز آماده است تا در غیبت عمدی یا سهوی محاکم داخلی، به جرائم معهود رسیدگی نماید. اکنون دیوان بر بام کشورهای عضو و البته به نوعی بر فراز کشورهای غیر عضو نیز نشسته است تا اگر در رسیدگی کوتاهی نمایند به وظیفه خود عمل کند. با این مقدمه، کشورهای عضو در زمانی که جرم به آنها مرتبط باشد، یعنی در قلمرو آنها یا توسط اتباع آنها ارتکاب یافته باشد، معمولاً و منطقاً باید ترجیح دهند تا خود به دادرسی مشغول شوند و سازوکار صلاحیت تکمیلی را اعمال نمایند تا دیوان نتواند نسبت به آن جرم

ساز و کار ارتباط دادستانی دیوان کیفری بین‌المللی (ICC) با کشورها در جمع‌آوری دلایل ◇ ۱۳۵

اعمال صلاحیت نماید. در عین حال، این تصور نیز ناممکن نیست که دولتی رسیدگی در دیوان را به رسیدگی در محاکم داخلی ترجیح دهد؛ امری که پیدایش برخی دادگاه‌های موسوم به نسل سوم، مثل دادگاه ویژه سیرالئون مؤید آن است. دادگاه مزبور بنا به درخواست و پیشنهاد دولت سیرالئون و با همکاری و مشارکت سازمان ملل برای رسیدگی به برخی جرائم بین‌المللی تشکیل گردید. اما به تکمیلی بدین دلیل بوده است که دولت‌ها ترجیح داده‌اند امور کیفری را که در حوزه صلاحیت محاکم خود می‌یابند، خود به عهده داشته باشند و تنها در فقدان چنین ظرفیت و شرایطی به رسیدگی در دیوان کیفری بین‌المللی تن داده‌اند و البته این نیز به داعی آن بوده که تدابیر و تمهیدات لازم را برای رسیدگی در دادگاه‌های خود ببندیشند و فراهم آورند. به همین دلایل است که آمارها نشان می‌دهد که ۳۱ کشور ۷ قوانین لازم برای اعمال صلاحیت تکمیلی را تصویب کرده‌اند و ۲۶ کشور نیز پیش‌نویس چنین قانونی را فراهم آورده‌اند. مختصر آنکه دولت‌هایی که تمایل ندارند دیوان کیفری بین‌المللی به جرائم ارتكابی در قلمرو آنها یا توسط اتباع آنها رسیدگی نماید، باید اقدامات لازم را برای اعمال صلاحیت دادگاه‌های داخلی خود معمول نمایند. این اقدامات اصولاً شامل دو محور اصلی است: ۱) جرم‌انگاری عناوین چهارگانه ۲) تعیین دادگاه صالح و آئین دادرسی. (Lippman, ۲۰۱۱).

۳. وظایف دادستان دیوان کیفری بین‌المللی در تحقیق و جمع‌آوری دلایل

دادستان دیوان کیفری بین‌المللی در رأس دادسرا که یک رکن مستقل دیوان است، در عملکرد خود مستقل است. دادستان دیوان وظیفه جمع‌آوری اطلاعات مربوط به جرایمی که در صلاحیت دیوان است به عهده دارد. وی، همچنین، عهده‌دار بررسی اطلاعات مزبور، هدایت تحقیقات مقدماتی، انجام امر تعقیب، تهیه و تنظیم کیفرخواست و دفاع از آن در مقابل دیوان می‌باشد. علاوه بر موارد فوق، دادستان حق جمع‌آوری ادله، اخذ اظهارات شهود و همچنین حق احضار و جلب متهمان را دارد. لکن دادستان در انجام اقدامات فوق، باید نظر شعبه

مقدماتی دیوان را جلب نماید. به این معنا، که دادستان در موارد فوق تحت کنترل و نظارت قضائی شعبه مقدماتی قرار دارد، یعنی تصمیمات دادستان باید به تأیید شعبه مقدماتی برسد تا جنبه اجرائی پیدا کند. به عبارت دیگر، مطابق با اساسنامه دیوان، تشخیص دادستان قاطع نیست، بلکه مشمول نظارت است. (بابایی و همکاران، ۱۳۹۹: ۸۱). این قسمت به دنبال تشریح نقش شعبه مقدماتی دیوان کیفری بین‌المللی از مرحله شروع به تحقیق تا قبل از شروع محاکمه است.

۱. اخذ مجوز برای شروع به تحقیق

در اساسنامه دیوان‌های موقت، تصمیم شروع به تحقیق منحصراً در اختیار دادستان می‌باشد. ماده ۱۸. ۱ اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق و ماده ۱۷ (۱) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برای رواندا در این زمینه مقرر می‌دارد:

«دادستان به ابتکار خویش و یا بر مبنای اطلاعات حاصله از منابع دیگر، که به ویژه شامل دولت‌ها و ارگان سازمان ملل و سازمان‌های بین‌الدول یا غیردولتی خواهد بود، تحقیقات خویش را آغاز خواهد کرد. دادستان پس از دریافت یا کسب اطلاعات، به ارزیابی آنها پرداخته و نسبت به کفایت مبانی حقوقی برای شروع به تحقیقات تصمیم‌گیری خواهد نمود». در دیوان‌های موقت، دادستان نه تنها از آزادی مطلق در تصمیم‌گیری نسبت به اقدام به شروع یا عدم شروع به تحقیقات برخوردار می‌باشد، بلکه تحقیقات وی مشمول هیچ‌گونه نظارت قضائی نیز نمی‌باشد. علت عمده آزادی عمل دادستان در خصوص تصمیم شروع به تحقیقات^۲ که همانند نظام‌های حقوق ملی است، برخلاف اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، جلوگیری از شکایات اشخاص و طرح شکایات بی‌اساس و واهی از سوی آنان است. همانگونه که لوئیس آربور^۱ دادستان دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق در اظهارنظری در

* Louis Arbor

ساز و کار ارتباط دادستانی دیوان کیفری بین‌المللی (ICC) با کشورها در جمع‌آوری دلایل ◇ ۱۳۷

اجلاس دسامبر ۱۹۹۷ کمیته مقدماتی اشاره می‌کند، تمایز عمده‌ای بین امر تعقیب در حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل وجود دارد و آن تشخیص و صلاح‌دید بی‌قید و شرط دادستان در حقوق داخلی است. در حقوق داخلی، فرض بر این است که کلیه جرایم ولو بسیار ناچیز و کم اهمیت می‌بایست مورد تعقیب قرار گیرد. اما در یک دادگاه بین‌المللی، به ویژه دادگاهی مبتنی بر اصل صلاحیت تکمیلی، تشخیص لازم برای تعقیب، به طور قابل ملاحظه‌ای مهم‌تر و خطرتر است و ضابطه و معیاری که می‌بایست برای چنین تعقیبی اعمال گردد پیچیده و تعریف نشده است. با توجه به تجربه موجود که مبتنی بر فعالیت دو دادگاه اختصاصی بین‌المللی یوگسلاوی سابق و رواندا (تا به امروز است، باید گفت که دادستان در یک مبارزه واقعی می‌بایست از میان خیل شاکیان، به جای پرونده‌های سبک و کم‌اهمیت پرونده‌هایی را برگزیند که شایسته دخالت بین‌المللی باشند. دادستان دیوان کیفری بین‌المللی در سه حالت می‌تواند از وقوع جرایم در صلاحیت دیوان) نسل‌کشی (نابود سازی جمعی)، جنایات علیه بشریت، جنایات جنگی و تجاوز منوط به تحقق شرایط قانونی مطلع شود و رسیدگی به آنها را آغاز نماید. (یوسفی و یوسفی، ۱۴۰۱: ۳۰۹). نخست، در صورتی که یک دولت وضعیتی را که در آن یک یا چند جنایت به نظر می‌رسد ارتکاب یافته است، به موجب ماده ۱۴ به دادستان ارجاع نماید؛ دوم، شورای امنیت وضعیتی را که در آن یک یا چند جنایت به نظر می‌رسد ارتکاب یافته است، به موجب فصل هفتم منشور ملل متحد به دادستان ارجاع نماید و سوم، دادستان تحقیقاتی را به موجب ماده ۱۵ اساسنامه در مورد آن جنایت شروع نموده باشد. (ماده ۱۳ اساسنامه). ماده ۴۵ آیین دادرسی و ادله دیوان مقرر می‌دارد: ارجاع وضعیتی به دیوان باید به صورت کتبی باشد. علت پیش‌بینی سه حالت مختلف برای شروع به رسیدگی و عدم لزوم صدور مجوز قضائی در دو حالت اول، و لزوم صدور مجوز قضائی در حالت سوم را، اینگونه بیان کرده‌اند: در حالتی که شورای امنیت موضوعی را به دادگاه ارجاع می‌دهد، چنین تشخیص داده است که دخالت و تصمیم شعبه مقدماتی ضرورتی نداشته باشد، زیرا شورای امنیت توسط

یکی از نهادهای تابع خود بررسی‌های اولیه‌ای را در خصوص اطلاعات مربوط به احتمال ارتکاب جرایم بین‌المللی به عمل آورده است. دوم اینکه جرایمی که از سوی شورای امنیت به دیوان ارجاع داده می‌شود، متضمن تهدید و یا حتی نقض صلح می‌باشند و از اهمیت خاصی برخوردار هستند. اهمیت اینگونه جرایم به اندازه‌ای است که لزوم ارجاع به شعبه مقدماتی را مرتفع می‌نماید. (صابر، ۱۳۹۴: ۶۱). شروع به تحقیقات توسط دادستان بنا بر تقاضای شورای امنیت سازمان ملل متحد، زمانی ممکن است که شورا بر اساس اختیارات خود به موجب فصل هفتم منشور ملل متحد «وضعیتی را که به نظر می‌رسد یک یا چند جرم مشمول صلاحیت دیوان به وقوع پیوسته است به دادستان ارجاع می‌دهد». بدیهی است شورای امنیت فقط وضعیت‌هایی را که متضمن جرایم بسیار جدی بوده و ارتکاب آن جرایم موجب تهدید صلح یا نقض صلح باشد ممکن است به دادگاه ارجاع دهد. اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی برخلاف اساسنامه دادگاه‌های موقت، بین تحقیقات اولیه که بررسی اولیه^۱ نامیده می‌شود و تحقیقات مقدماتی تفاوت قایل می‌گردد. ضرورت بررسی اولیه برای شروع به تحقیقات اصلی در ماده ۱۵ اساسنامه دیوان پیش‌بینی شده است و مختص مواردی است که دادستان علی‌الرأس تصمیم به شروع به رسیدگی می‌گیرد. منظور از بررسی اولیه، جستجو برای یافتن اطلاعات و یا جمع‌آوری ادله در خصوص جرم ادعائی است و هدف آن رسیدن به این نتیجه است که آیا مبنای معقولی برای شروع به تحقیقات وجود دارد یا خیر. منابع کسب اطلاعات دادستان در ماده ۱۵ (۱) اساسنامه آمده است.

چنانچه دادستان رأساً اطلاعاتی را در مورد ارتکاب جنایات مشمول صلاحیت دیوان به دست آورد، می‌تواند تحقیقات خود را آغاز نماید. اگر دادستان با توجه به اطلاعاتی که به دست می‌آورد مبنای مستدلی برای تحقیق بیابد باید درخواستی را به ضمیمه کلیه اسناد و

ساز و کار ارتباط دادستانی دیوان کیفری بین‌المللی (ICC) با کشورها در جمع‌آوری دلایل ◇ ۱۳۹

مدارک تأیید کننده‌ای که جمع‌آوری کرده است، برای گرفتن مجوز تحقیق به شعبه مقدماتی تسلیم نماید (ماده ۱۵(۳)). این درخواست باید به صورت کتبی باشد (ماده ۵۰ آیین دادرسی و ادله دیوان). شعبه مقدماتی درخواست دادستان را مورد بررسی قرار می‌دهد و چنانچه بعد از بررسی درخواست دادستان و اسناد و مدارک وی، ملاحظه کند که مبنای معقولی برای انجام تحقیق وجود دارد و موضوعی برای انجام تحقیق وجود دارد و این که موضوع ظاهراً در صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی است، بایستی اجازه شروع به تحقیق را صادر نماید. چنانچه شعبه مقدماتی درخواست دادستان را رد نماید، وی در صورت دستیابی به دلایل یا حقایق جدید در مورد همان وضعیت مورد نظر، مجدداً می‌تواند درخواست خود را مطرح نماید (ماده ۱۵(۵)). ضمن اینکه دادستان می‌تواند از قرار صادره توسط شعبه مقدماتی به موجب بند ۲ ماده ۸۳ نزد شعبه تجدیدنظر تقاضای تجدیدنظر نماید. (Kuczyńska, ۲۰۱۵).

درخواست دادستان از شعبه مقدماتی مانع از انجام تحقیقات از سوی دادستان نمی‌شود، بر همین اساس، دادستان تا زمان صدور قرار شعبه مقدماتی... می‌تواند استثنائاً از شعبه مقدماتی درخواست نماید به وی اجازه دهد اقدامات تحقیقی لازم را به منظور حفظ ادله ادامه دهد. این تقاضا مشروط بر این است که در صورت عدم انجام تحقیق، فرصت تحصیل ادله از بین برود یا این خطر وجود دارد که دستیابی به این مدارک بعداً امکان‌پذیر نباشد.

۲- نقض تصمیم دادستان مبنی بر عدم تعقیب

همانگونه که گفته شد، دادستان موظف است پس از بررسی و ارزیابی اطلاعاتی که در اختیار او قرار می‌گیرد، شروع به تحقیق نماید مگر آنکه تشخیص دهد مطابق اساسنامه دیوان دلایل قانع‌کننده‌ای برای اقدام به تحقیق وجود ندارد. در صورتی که دادستان علیرغم اهمیت جرم و منافع مجنی علیهم، با توجه به معیارهای مذکور در ماده (۱) و (۲) اساسنامه، تشخیص دهد که به دلایل مقتضی شروع به تحقیق در راستای اجرای عدالت نیست، موظف است شعبه

مقدماتی را از تصمیم خود و دلایل توجیهی آن مطلع نماید. شعبه مقدماتی بنا به درخواست دولت ارجاع دهنده قضیه ماده ۱۴ و یا درخواست شورای امنیت ماده ۱۳. ب می‌تواند تصمیم دادستان مبنی بر عدم تعقیب و پیگیری قضیه را مورد بررسی قرار دهد و از دادستان بخواهد که در تصمیم خود بازنگری نماید ماده ۵۳(۳ الف). بند ۲ ماده ۱۰۷ آیین دادرسی و ادله مقرر می‌دارد: دادستان باید در اولین فرصت ممکن، بازنگری را انجام دهد. (Marty and Spenser, ۲۰۱۰).

علاوه بر موارد فوق، شعبه مقدماتی می‌تواند رأساً و بر اساس تشخیص خود، تصمیم اتخاذ شده از سوی دادستان مبنی بر عدم پیگیری قضیه را که بر اساس معیارهای مذکور در بندهای (ج) و ۲(ج) ماده ۵۳ صورت گرفته است، مورد بررسی قرار دهد. در صورتی که تصمیم دادستان مورد تأیید شعبه مقدماتی واقع شود معتبر است در غیر این صورت، دادستان باید قضیه مورد نظر را پیگیری کند ماده ۵۳(۳) (ب). بنابراین تشخیص دادستان قاطع نیست، بلکه مشمول نظارت قضائی می‌باشد. در هر صورت که دادستان شروع به تحقیقات نماید، اعم از این که بر اساس کسب مجوز قضائی از شعبه مقدماتی برای شروع تحقیقات یا به تقاضای شورای امنیت یا به درخواست دولت‌های عضو، در پیش برد یا توقف رسیدگی اختیار دارد. سؤالی که مطرح می‌شود این است که چنانچه دادستان در مورد بند ج ماده ۱۳، برای شروع به تحقیقات، مجوز قضائی کسب نماید و تحقیقات را آغاز نماید، در صورتی که پس از آغاز تحقیق تشخیص دهد که تحقیقات بیشتر باید متوقف شود به دلیل آن که مبنای مستدل وجود ندارد، آیا می‌تواند تصمیم به عدم تعقیب موضوع بگیرد یا خیر؟ به نظر می‌رسد اساسنامه نسبت به این موضوع حکم خاصی ندارد. شاید بتوان با توجه به ماده ۵۳(۳) (ب) نتیجه گرفت که در این مورد دادستان می‌تواند تعقیب را متوقف و تصمیم به عدم پیگرد بگیرد، مگر آن که شعبه مقدماتی ادامه تحقیق و تعقیب را از وی بخواهد. ماده ۱۰۷ آیین دادرسی و ادله دیوان در خصوص چگونگی نظارت شعبه مقدماتی بر تصمیم دادستان به عدم تحقیق و تعقیب موضوع می‌باشد.

۳. صدور دستور احضار و یا جلب توسط شعبه مقدماتی

دادستان راساً حق احضار و یا جلب مظنونان را برای انجام تحقیقات ندارد، بلکه در هر مرحله‌ای از تحقیقات می‌تواند از شعبه مقدماتی درخواست صدور دستور احضار یا حکم جلب را بنماید. هر زمان پس از آغاز تحقیق و در صورت درخواست دادستان، شعبه مقدماتی با بررسی درخواست وی و ادله یا سایر اطلاعاتی که از سوی دادستان ارائه می‌شود، دستور بازداشت شخص را صادر خواهد کرد به نظر می‌رسد چنانچه شرایط مذکور در بند ۱ ماده ۵۸ اساسنامه محقق شود دیوان باید با درخواست دادستان همراهی نماید. محلی نیز برای تفسیر سیاسی یا ایدئولوژیکی باقی نمی‌ماند.

برای صدور حکم بازداشت شعبه مقدماتی باید موارد زیر را مدنظر داشته باشد: الف) دلایل کافی مبنی بر ارتکاب یکی از جرایم در حدود صلاحیت دیوان، از سوی شخص وجود داشته باشد؛ ب) بازداشت شخص ضروری باشد. جهات ضروری بازداشت عبارتند از: حصول اطمینان از حضور وی در محاکمه؛ حصول اطمینان از این که شخص مزبور مانعی در راه تحقیقات و یا رسیدگی دادگاه ایجاد نمی‌کند و یا انجام آنها را به خطر نمی‌اندازد؛ در صورت اقتضاء، جلوگیری از ارتکاب و یا ادامه ارتکاب جرم در محدوده صلاحیت دیوان.

پ) تقاضای دادستان باید شامل موارد زیر باشد: مشخصات فردی متهم؛ ذکر جرایمی که ادعا می‌شود فرد مرتکب شده و در صلاحیت دیوان است؛ خلاصه‌ای از اوضاع و احوال منتهی به ارتکاب جرم؛ خلاصه دلایل توجیهی جهت انتساب جرم به مرتکب و دلایلی که دادستان بر مبنای آنها بازداشت شخص را ضروری می‌داند. در دستور بازداشت که از سوی شعبه مقدماتی صادر می‌شود نیز بایستی موارد فوق ذکر شود. البته، دادستان در هر زمان حق درخواست اصلاح دستور بازداشت از حیث کاهش یا افزایش جرایم مذکور در آن را دارد. چنانچه شعبه مقدماتی درخواست دادستان را مستند به دلایل متقن بداند به درخواست پاسخ مثبت می‌دهد. (Safferling, ۲۰۰۸). درخواست دیوان برای بازداشت فرد می‌تواند از طریق دولتی که فرد

تحت تعقیب در قلمرو آن ممکن است یافت شود، صورت گیرد. در این صورت، دولت مورد درخواست باید فوراً اقدامات مربوط به بازداشت شخص تحت تعقیب را به عمل آورد ماده (۱)۸۹.

اساسنامه دیوان احضار را به عنوان جایگزین بازداشت مطرح می‌کند، مشروط بر آن که احضار برای اطمینان از حضور شخص نزد دیوان کافی تشخیص داده شود. تعیین اوضاع و احوال پرونده مبنی بر این که کدام اقدام را اقتضاء می‌نماید، به عهده دادستان می‌باشد. بند ۷ ماده ۵۸ اساسنامه رم مقرر می‌دارد: دادستان می‌تواند به جای درخواست صدور دستور بازداشت، از شعبه مقدماتی درخواست صدور دستور احضار شخص را بنماید. چنانچه شعبه مقدماتی دلایل کافی مبنی بر این که احضار شونده جرم مورد نظر را مرتکب شده و احضاریه نیز برای حصول اطمینان نسبت به حضور وی کافی است، دستور احضار را صادر خواهد کرد. دستور احضار حاوی مطالبی است که در مورد حکم جلب آمده است، مضاف بر این که زمان حضور نیز در آن قید می‌گردد ماده ۵۸.۷. چنانچه دلایل پرونده نشان دهد که متهم ممکن است مانع انجام تحقیقات شود یا انجام تحقیقات را به خطر اندازد یا ممکن است ارتکاب جرایم را ادامه دهد، صدور حکم جلب الزامی است.

۴. نظارت شعبه مقدماتی بر اقدامات دادستان در طول تحقیقات

همانگونه که گفته شد، تحقیقات از جرایم در صلاحیت دیوان به عهده دادستان است. دادستان به منظور کشف حقیقت، باید کلیه تحقیقات را انجام و ادله را جمع‌آوری نماید. دادستان می‌تواند تحقیق را در قلمرو هر کشور انجام دهد مشروط بر آن که، شعبه مقدماتی با رعایت ماده ۵۷ (۳.۱) اساسنامه رم انجام تحقیق را تجویز کرده باشد. ماده ۵۴ (۲). همچنین، دادستان حق انجام تحقیقات مقدماتی نظیر جمع‌آوری ادله، احضار شهود و قربانیان را نیز دارد. ضمن این که دادستان می‌تواند همکاری دولت‌ها یا سازمان‌های بین‌المللی را جلب نماید و

ساز و کار ارتباط دادستانی دیوان کیفری بین‌المللی (ICC) با کشورها در جمع‌آوری دلایل ◇ ۱۴۳

موافقتنامه‌هایی را با کشورها منعقد نماید (ماده ۵۴(۱)) و تعهداتی مبنی بر محرمانه ماندن اطلاعات و عدم افشاء آنها بنماید ماده ۵۴. علاوه بر موارد فوق، شعبه مقدماتی می‌تواند: (آقایی جنت مکان، ۱۳۷۸: ۵۶).

الف) در صورت درخواست دادستان، دستورات و قراردادهایی را که برای تحقیق لازم است صادر نماید؛

ب) به دادستان اجازه دهد تحقیقات خاصی را در قلمرو یک کشور عضو بدون جلب همکاری آن کشور انجام دهد؛ دادستان در جهت انجام اختیارات خود در جریان یک تحقیق که عبارتند از جمع‌آوری و بررسی ادله و احضار و بازجوئی از مظنونان، قربانیان و شهود، می‌تواند از هر کشور یا سازمان بین‌المللی درخواست همکاری نماید. همچنین، در این زمینه موافقتنامه‌هایی ترتیب دهد تا موجبات تسهیل همکاری کشورها و سازمان‌های بین‌المللی و اشخاص فراهم آید.

در مورد نحوه انجام تحقیق و توانایی دادستان برای انجام این کار در هنگام تدوین اساسنامه اختلاف وجود داشت. برخی دولت‌ها انجام تحقیق را حق انحصاری دولت‌ها می‌دانستند و با اختیار تحقیق دادستان مخالف بودند. لکن، در حال حاضر، دادستان به موجب اساسنامه می‌تواند تحقیق خاصی را در سرزمین یک دولت به عمل آورد بدون این که نیازی باشد تا قبلاً همکاری یا رضایت آن دولت را جلب کرده باشد. اما چنین تحقیقی باید با اجازه قضائی باشد، به این نحو که شعبه مقدماتی در صورتی که بر آن معلوم شود که در موردی خاص کشوری نمی‌تواند به درخواست همکاری پاسخ مثبت دهد، شعبه می‌تواند به دادستان اجازه دهد تا تحقیقاتی را در قلمرو یک کشور عضو و بدون جلب رضایت آن دولت انجام دهد.

اساسنامه دیوان در این زمینه مقرر می‌دارد: پس از ملاحظه نظریات کشور ذی نفع اگر بر شعبه مقدماتی معلوم شود که در موردی خاص و به جهت فقدان مراجع مسول و یا فقدان هیأت حاکمه قضائی صلاحیت‌دار، کشوری قادر به اجابت درخواست همکاری موضوع فصل

نهم اساسنامه نیست، مرجع مذکور می‌تواند مجوزی به دادستان اعطاء کند تا در محدوده فصل مذکور تحقیقات خاصی را در قلمرو يك کشور و بدون جلب همکاری آن کشور انجام دهد. ماده ۵۷ (۳) (د) و ماده ۵۴ (۲) ب. برخی حقوقدانان انجام چنین اختیاری را نه عملی و نه کارآمد می‌دانند. به طور کلی، دولت‌های عضو اساسنامه ملزم هستند که در انجام تحقیق و تعقیب جرایم در صلاحیت دیوان با آن دیوان همکاری نمایند. همچنین دولت‌ها باید ترتیبی اتخاذ نمایند که با پیش‌بینی روش‌های مناسب تحقیق در قوانین خود، اشکال مختلف همکاری را فراهم نمایند (ماده ۸۸ اساسنامه). فرانسه در اجرای تکلیف فوق و در جهت تسهیل همکاری با دیوان تغییراتی را در قانون اساسی آن کشور صورت داده است. در اسپانیا، لوگزامبورگ و اکوادور نیز به این نوع همکاری‌ها تسریع شده است. (رمضانی و همکاران، ۱۳۹۸: ۶۰).

ج) نظارت منظم جهت بازنگری در حکم آزادی یا توقیف متهم

شعبه مقدماتی موظف است دستور آزادی یا توقیف شخص را به طور منظم بازنگری نماید و همچنین هر زمان که دادستان و یا خود شخص تحت بازداشت، چنین درخواستی را مطرح نماید. در موقع بازنگری اگر شعبه مقدماتی متقاعد شود که حدوث اوضاع و احوال جدیدی، اصلاح دستور قبلی اعم از بازداشت و یا آزادی و یا شرایط آن را ایجاب می‌نماید، به نحو مقتضی اقدام خواهد نمود. ماده ۶۰ (۳) اساسنامه رم. ماده مزبور شعبه مقدماتی را ملزم می‌دارد که در حکم خود راجع به آزادی یا توقیف متهم بازنگری نماید. برای بازنگری در حکم، شعبه بدوی نیازمند درخواست طرفین نیست بلکه، می‌تواند رأساً به این کار اقدام نماید. شعبه مقدماتی می‌تواند در صورتی که شرایط اقتضاء نماید دستور سابق خود را تغییر دهد. برای مثال، چنانچه سلامت شخص اقتضاء کند می‌تواند او را به صورت مشروط آزاد نماید. هیچ دوره زمانی مشخصی برای نظارت پیش‌بینی نشده است.

۱. وظیفه نظارت مستمر و بازنگری نسبت به حکم آزادی یا توقیف متهم

در اساسنامه دیوان‌های موقت پیش‌بینی نشده بود. دلایل متعددی برای فقدان مقررات فوق ذکر شده است: از جمله، شدت جرایم ارتكابی در صلاحیت دیوان‌ها، خطرات احتمالی برای جامعه از جمله شهود و قربانیان جرم، فراری شدن متهم به دلیل ترس از مجازات‌های طولانی، عدم پیش‌بینی محاکمه غیابی در صورت غیبت متهم.

۲. نظارت شعبه مقدماتی برای جلوگیری از بازداشت غیرمعقول متهم

شعبه مقدماتی باید اطمینان حاصل نماید که شخص بازداشت شده به جهت تأخیر ناموجه دادستان، مدت غیرمعقولی را قبل از محاکمه در بازداشت نباشد. اگر چنین تاخیری رخ دهد، دیوان موظف است آزادی مطلق و یا مشروط وی را مورد بررسی قرار دهد. ماده ۶۰ (۴). قیدهای مدت غیرمعقول و تأخیر ناموجه ماهیتاً یکی هستند. آنچه مدت غیرمعقول دانسته می‌شود در رابطه با اوضاع و احوال هر پرونده خواهد بود. دیوان کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق به هفت عامل که از سوی کمیسیون حقوق بشر اروپائی مربوط دانسته شده‌اند اشاره می‌کند. اساسنامه دیوان به هر گونه بازداشت غیرمعقول اشاره نکرده است بلکه، تنها بازداشت غیر معقول که از ناحیه دادستان واقع شده را مدنظر قرار داده است. برخی مفسران ضابطه تأخیر غیرموجه را مورد انتقاد قرار داده‌اند و آن را مبهم و غیرصریح می‌دانند. تأخیر غیرموجه شامل تأخیر غیرعمدی نیز می‌شود. شعبه تجدیدنظر دیوان کیفری بین‌المللی برای رواندا، تأخیر غیرموجه قابل انتساب به دادستان را باعث براءت متهم از اتهامات وارده می‌داند و رسیدگی مجدد را نیز منتفی می‌داند. هر چند اساسنامه دیوان یوگسلاوی سابق در خصوص جبران خسارت در مورد تأخیر ناموجه حکمی ندارد. اساسنامه دیوان رم، راه‌حلی مبنی بر جبران خسارت خاص (یعنی آزادی از حبس و نه توقیف دادرسی) مقرر می‌دارد که به معنای رد راه حل افراطی شعبه تجدیدنظر دیوان رواندا است. (یوسفی، ۱۳۹۵: ۱۰۴).

۳. صدور اجازه تحقیق برای دادستان با وجود رسیدگی دولت مربوط

چنانچه دادستان بر اساس ماده ۱۳. الف و ج یا ماده ۱۵ اساسنامه تحقیقاتی را آغاز نماید، بایستی (این تصمیم را) به کلیه دولت‌های عضو و دولت‌هایی که با توجه به اطلاعات موجود معمولاً بر آن جنایات اعمال صلاحیت می‌نمایند، اعلام کند. چنانچه دولت مورد نظر، به دیوان اطلاع دهد که در حال انجام تحقیقات لازم می‌باشد یا تحقیقاتی را به عمل آورده است، بنا به درخواست آن دولت، دادستان بایستی تحقیق از آن اشخاص را به آن دولت واگذار نماید، مگر آنکه شعبه مقدماتی بنا به درخواست دادستان اجازه تحقیق برای وی صادر کند (ماده ۱۸(۲) (۴) و (۶)). علت واگذاری تحقیقات به دولت مربوط این است که صلاحیت دیوان، صلاحیت تکمیلی است. به این معنا، که هرگاه دولت صلاحیت‌دار نسبت به موضوعی در حال تحقیق است، دیوان باید تحقیقات را به آن دولت واگذار کند و مداخله ننماید (ماده ۱۷ (۱)(الف)). به علاوه، ماده ۱۸ اساسنامه رم پیش‌بینی کرده است که دادستان می‌تواند در صورتی که تغییر مهمی در اوضاع و احوال، بر اساس عدم تمایل یا عدم توانائی آن دولت بیابد در آن تجدیدنظر نماید ماده ۱۸(۳). همچنین اساسنامه پیش‌بینی کرده است که در صورت واگذاری تحقیقات به دولت صلاحیت‌دار، دادستان می‌تواند از آن دولت بخواهد که وی را به صورت دوره‌ای از پیشرفت تحقیقات مطلع گرداند ماده ۱۸.۴.

۵. نقش شعبه مقدماتی دیوان در ارتباط با موارد فوق العاده تحقیق

چنانچه دادستان به این نتیجه برسد که انجام يك تحقیق فرصتی استثنائی^۱ را به منظور استماع شهادت شهود و یا اخذ شهادت نامه از يك شاهد و یا اخذ توضیح از وی و یا جمع‌آوری و یا بررسی ادله فراهم می‌سازد، به نحوی که اگر آن تحقیق صورت نگیرد، انجام آن بعداً امکان‌پذیر نخواهد بود، دادستان باید شعبه مقدماتی را از این امر مطلع سازد ماده ۵۶.

* unique investigation opportunity

ساز و کار ارتباط دادستانی دیوان کیفری بین‌المللی (ICC) با کشورها در جمع‌آوری دلایل ◇ ۱۴۷

(الف). در این مورد و بنا به درخواست دادستان، شعبه مقدماتی دیوان، اقدامات لازم را به منظور اطمینان از حسن جریان تحقیق و خصوصاً حفظ حقوق متهم به عمل خواهد آورد ماده ۵۶ (ب). اقداماتی که دادستان می‌تواند برای حصول اطمینان از حسن جریان تحقیق به عمل آورد در بند ۲ ماده ۵۶ تصریح شده است. چنانچه دادستان تدابیر لازم را در مورد فوق به عمل نیاورد، لکن شعبه مقدماتی اتخاذ آن تدابیر را به منظور حفظ ادله‌ای که در مقام دفاع و جریان محاکمه نقش اساسی و قاطعی دارد، لازم بداند در این خصوص از دادستان توضیح خواهد خواست و چنانچه قصور دادستان را در این زمینه احراز نماید خود اقدامات را به عمل خواهد آورد. تصمیم شعبه مقدماتی از سوی دادستان قابل تجدیدنظرخواهی خواهد بود. (صابر، ۱۳۹۴: ۳۸). ماده ۵۶ اساسنامه رم تحت عنوان «نقش شعبه مقدماتی در رابطه با فرصت استثنائی تحقیق» به دسته بندی نظام حقوق نوشته در خصوص «اقدامات قاطع و غیرقابل تکرار» یا «جمع‌آوری ادله مورد انتظار» و همچنین به دسته‌بندی نظام حقوق کامن لا مبنی بر سؤال از شاهد طرف مقابل در مورد شاهی که در هنگام محاکمه حاضر نیست (شهادت‌نامه‌ها)، اشاره دارد. فلسفه ماده ۵۶ در مورد جمع‌آوری ادله‌ای است که به لحاظ ماهیت آنها، امکان تهیه و فراهم کردن مجدد آنها در هنگام دادرسی کاملاً وجود ندارد (نظیر نبش قبر گسترده)، یا برای دستیابی به آنها نیاز است که اقدامات فوق‌العاده‌ای برای حفظ ادله به عمل آید. اتخاذ اقدامات فوق‌العاده تنها در اختیار دادستان نیست، بلکه، دادگاه نیز به عنوان يك ارگان بي طرف در این امر دخالت می‌نماید.

۶. تأیید اتهامات مندرج در کیفرخواست

یکی از مکانیسم‌های پیش‌بینی شده در اساسنامه رم، برگزاری جلسه مربوط به تأیید اتهامات از سوی شعبه مقدماتی قبل از برگزاری جلسه محاکمه است. فلسفه تأیید کیفرخواست این

است که اتهامات وارده از نظر استحکام و اعتبار علی‌الظاهر^۱ قابل طرح باشد. این جلسه به منظور تأیید اتهاماتی که دادستان رسیدگی به آنها را تقاضا کرده، تشکیل می‌شود. این شیوه را «نظام تأیید اتهامات» می‌خوانند. شعبه مقدماتی می‌تواند این جلسه را به دو صورت برگزار کند. جلسه با حضور متهم، وکیل او و دادستان تشکیل شود یا بدون حضور متهم تشکیل شود. در صورتی که متهم به دیوان تحویل شده و یا داوطلبانه در دیوان حضور یافته است، شعبه مقدماتی موظف است جلسه‌ای به منظور تأیید اتهاماتی که دادستان رسیدگی به آنها را درخواست کرده، تشکیل دهد. این جلسه با حضور دادستان و متهم و وکیل وی تشکیل خواهد شد ماده ۱(۶۱) (اساسنامه دیوان). البته، نظام تأیید اتهامات نباید منجر به محاکمه مظنون قبل از محاکمه اصلی گردد. شعبه مقدماتی می‌تواند با رعایت شرایط بند ۲ ماده ۶۱، جلسه‌ای را بدون حضور متهم و در غیاب وی، به منظور تأیید اتهاماتی که دادستان رسیدگی به آنها را تقاضا کرده، تشکیل دهد و آن در مواردی است که: (۱) متهم حق حضور خود را ساقط کرده باشد؛ متهم فرار کرده یا پیدا نشده و همه اقدامات لازم برای اطمینان از حضورش در دیوان و اطلاع او از اتهامات انتسابی و جلسه‌ای که به منظور تأیید آن اتهامات تشکیل می‌شود صورت گرفته باشد. در این صورت، وکیل به نمایندگی از طرف متهم در جلسه حاضر می‌شود چنانچه شعبه مقدماتی این حضور را در راستای منافع عدالت بداند (ماده ۶۱(۲) الف و ب). البته، قبل از جلسه باید نسخه‌ای از اتهامات و ادله اثبات آنها در اختیار متهم و شعبه مقدماتی قرار گیرد (ماده ۶۱) ۳(الف و ب). همچنین، دادستان می‌تواند اتهامات را اصلاح و یا مسترد دارد. در این صورت، نیز دادستان باید متهم را نسبت به اصلاح یا استرداد اتهامات مطلع نماید (۶۱(۴)). (Luna, ۲۰۰۹: ۴۷۲). شعبه مقدماتی در جلسه به چند صورت تصمیم‌گیری می‌کند: ادله دادستان در جهت اثبات اتهامات را مورد بررسی قرار می‌دهد و در صورتی که ادله جهت احراز

ارتکاب جرم از ناحیه متهم کافی باشد، تأیید و شخص را به منظور محاکمه در خصوص اتهامات تأیید شده به شعبه بدوی اعزام نماید و چنانچه ادله دادستان برای اثبات اتهام کفایت نکند، از تأیید اتهامات خودداری نماید (۶۱)۷). البته، شعبه مقدماتی می‌تواند راه‌حل دیگری را نیز انتخاب نماید و آن اینکه، تشکیل جلسه را به تعویق اندازد و از دادستان بخواهد ادله بیشتری اقامه و یا تحقیقات مفصل‌تری راجع به اتهام خاصی انجام دهد. و یا اینکه با توجه به ادله ارائه شده از سوی دادستان، اصلاح اتهامات را درخواست کند (ماده ۶۱) ج (الف و ب). حتی ممکن است قاضی تأیید کننده، طبقه بندی متفاوتی از جرایم ارائه نماید. عدم تأیید اتهام از جانب شعبه مقدماتی مانع از درخواست مجدد دادستان برای تأیید آن اتهام نخواهد بود چنانچه دادستان به ادله جدیدی در این خصوص دست یابد. بعد از تأیید اتهامات از سوی شعبه مقدماتی و قبل از شروع محاکمه، دادستان می‌تواند ضمن اطلاع به متهم نسبت به اصلاح اتهامات اقدام نماید. چنانچه دادستان قصد افزایش اتهامات یا جایگزینی آنها را با اتهامات مهم‌تری داشته باشد مجدداً باید جلسه‌ای را به منظور تأیید اتهامات تشکیل دهد. پس از شروع محاکمه دادستان با جلب نظر شعبه مقدماتی می‌تواند اتهامات را مسترد دارد ماده ۶۱(۹). پس از تأیید اتهامات از سوی شعبه مقدماتی، مطابق ماده ۶۱، هیأت رئیسه باید پرونده را جهت رسیدگی به مراحل بعدی به يك شعبه بدوی ارجاع دهد ماده ۶۱ (۱۱). (Kostoris, ۲۰۱۸). در آیین دادرسی دیوان موقت، هیچ‌گونه مقرراتی در خصوص برگزاری «جلسه استماع مقدماتی» پیش‌بینی نشده است. به نظر می‌رسد این ویژگی از نظام دادرسی ترافیعی به اساسنامه رم وارد شده است که در این نظام یکی از ضمانت‌های اساسی حفظ حقوق متهم است. در اساسنامه دیوان‌های موقت رویه مشابهی وجود دارد که به نام «بازنگری در کیفرخواست» معروف است، به موجب این رویه، پرونده نزد يك قاضی شعبه بدوی نه شعبه مقدماتی ارسال می‌گردد. تفاوتی که در نظام تأیید اتهامات دیوان وجود دارد این است که در دیوان کیفری بین‌المللی، ابتدا حکم جلب صادر می‌شود و متهم دستگیر می‌شود و سپس بعد از دستگیری و تحویل متهم،

شعبه مقدماتی اتهامات را رسیدگی می‌کند. ماده ۱۹ اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق (۱۸ ماده اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی برای رواندا) آیین نظارت بر کیفرخواست را مشخص می‌کند. ماده مزبور مقرر می‌دارد: چنانچه قاضی متقاعد شود که پرونده‌ای وجود دارد کیفرخواست باید تأیید شود، چنانچه قاضی متقاعد نشود کیفرخواست باید رد شود. ماده ۴۷ آیین دادرسی و ادله به تفصیل رویه‌ای که برای نظارت بر کیفرخواست است، مشخص می‌کند. هدف مکانیزم نظارت بر کیفرخواست این است که مشخص شود آیا دلایل کافی برای انتقال از مرحله تحقیق به محاکمه وجود دارد یا خیر؟.

تعهد دولت‌ها به همکاری و اساسنامه دیوان

تعهد به همکاری دولت‌ها در حوزه‌های مختلف حقوق بین‌الملل، از جایگاه ویژه‌ای برخوردار می‌باشد به طوری که حتی به هنگام بروز يك اختلاف بین‌المللی نیز بر اساس ماده ۳۳ منشور ملل متحد، طرف‌های اختلاف ملزم به انجام سطح خاصی از همکاری می‌باشند. مسأله تعهد دولت‌ها به همکاری پیوسته به عنوان يك موضوع حقوقی و مسئولیت آور در حقوق بین‌الملل عمومی مطرح بوده و علاوه بر منشور ملل متحد و قطعنامه‌های شورای امنیت و مجمع عمومی سازمان ملل، در برخی کنوانسیون‌ها و اسناد مهم بین‌المللی نظیر کنوانسیون ۱۹۵۸ ژنو دریای آزاد، کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها، اعلامیه ریو (اصل هفتم اعلامیه ریو راجع به محیط زیست)، منشور حقوق و تکالیف اقتصادی دولت‌ها، اعلامیه محیط زیست اصل ۲۲ و اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی (فصل نهم اساسنامه) بر این نوع تعهد دولت‌ها تصریح گردیده است. (موسوی فرد و نیکنام، ۱۳۹۵: ۵). همکاری دولت‌ها در حقوق بین‌الملل کیفری به دلیل حساسیت‌های خاص حاکمیت‌ها نسبت به صلاحیت‌های ویژه مورد شناسائی در این شاخه از حقوق بین‌الملل، از موضوعات اساسی و در عین حال چالش برانگیزی است که در جریان تعاملات بین‌الدول و بین‌المللی دولت‌ها مورد توجه حاکمیت‌ها قرار می‌گیرند. با اینکه این

ساز و کار ارتباط دادستانی دیوان کیفری بین‌المللی (ICC) با کشورها در جمع‌آوری دلایل ◇ ۱۵۱

همکاری‌ها تا جایی که بر اساس توافقات حاکمیت‌ها و در قالب معاهدات بین‌المللی، ناظر بر حوزه‌های خاصی از تعاملات بین‌المللی باشند، دارای دامنه‌های مشخصی بوده و در ارتباط با حوزه‌های تحت پوشش این تعهد کمترین ابهامی وجود ندارد، در عین حال به هنگام مطرح شدن برخی تعهدات عام، به ویژه در حوزه حقوق بین‌الملل کیفری، به دلیل ابهام ذاتی و ویژگی انتزاعی تعهد به همکاری، جایگاه حقوقی این تعهد و دامنه تحت پوشش آن، محل اختلاف و چالش‌های حقوقی فراوانی می‌باشد. موضوع تعهد به همکاری در دیوان کیفری بین‌المللی به عنوان بزرگترین چالش مطرح گردیده است (Stahn, Carsten and Nerlich, ۲۰۰۸). نگرش دولت‌ها به موضوع صلاحیت‌های محاکم بین‌المللی نسبت به موضوعات مربوط به حاکمیت‌ها، به دلیل حساسیت‌های موجود نسبت به اصل حاکمیت دولت‌ها غالباً توأم با تردید بوده و زمانی که موضوعاتی نظیر مسئولیت کیفری افراد و نادیده انگاشته شدن مصونیت سیاسی مقامات در برابر محاکم کیفری بین‌المللی مطرح می‌گردد، این حساسیت‌ها جنبه جدی‌تری به خود می‌گیرند. به دلیل همین حساسیت‌ها، در بررسی روند شکل‌گیری و توسعه مقررات حقوق بین‌الملل کیفری ملاحظه می‌گردد که دولت‌ها نهایت تلاش خود را جهت اجتناب از پذیرش صلاحیت‌های کیفری محاکم بین‌المللی نشان داده‌اند. با گسترش ملاحظات حقوق بشری و تاکید جامعه جهانی بر اولویت ملاحظات حقوق بشری در مقابل ملاحظات حاکمیت محور، با اینکه حاکمیت‌ها مجبور به پذیرش برخی صلاحیت‌های بین‌المللی در حوزه کیفری گردیدند، با این وجود کماکان از پذیرفتن بدون شرط تعهداتی که بر اساس آنها صلاحیت اولیه محاکمه افراد از حاکمیت‌ها سلب و به مراجع بین‌المللی منتقل گردد، خودداری نمودند. (ممتاز و رنجبریان، ۱۳۸۶). و همین ملاحظه حاکمیتی دولت‌ها، سبب شکل‌گیری اصل تکمیلی بودن صلاحیت دیوان کیفری بین‌المللی نسبت به صلاحیت دولت‌ها گردید. ماده ۸۶ اساسنامه دیوان به عنوان اولین ماده از فصل نهم، بیان‌کننده تعهد عمومی دولت‌ها به همکاری با دیوان می‌باشد. این ماده که در بردارنده مقررات همکاری دولت‌ها با دیوان در مرحله اولیه ورود دیوان به یک پرونده (مرحله انجام

تحقیقات و جمع‌آوری اسناد) بوده، اعلام می‌دارد: «مطابق مقررات این اساسنامه، دولت‌های عضو در انجام تحقیق و تعقیب جرائمی که به صلاحیت دیوان مربوط است، کمال همکاری را با دیوان به عمل خواهند آورد. نحوه عبارت پردازی ماده ۸۶ اساسنامه، شباهت زیادی به ماده ۲۹ اساسنامه ICTY (۱۹۹۳، UN.DOC.S/۲۵۷۰۴) و ماده ۲۸ اساسنامه ICTR، (UN.DOC.S/RES/۹۵۵، ۱۹۹۴) دارد و منعکس‌کننده قاعده حداکثر همکاری‌های ممکن که در روابط بین دولت‌ها مرسوم است، می‌باشد. در صورت اعمال بند B ماده ۱۳ اساسنامه به دلیل ارجاع وضعیت از سوی شورای امنیت، کلیه اعضای ملل متحد و حتی کشورهای غیر عضو ملل متحد ملزم به رعایت آن می‌باشند، نیازی به انعقاد موافقتنامه خاص میان دیوان و کشورهای غیر عضو نیست و بدین ترتیب بنظر می‌رسد نحوه نگارش بند ۵ ماده ۸۷ که اعلام می‌دارد «هرگاه با وجود تنظیم توافقنامه بین دیوان و دولت غیر عضو، دولت مزبور از همکاری با دیوان به نحوی که در توافقنامه پیش بینی شده است امتناع نماید، دیوان می‌تواند موضوع را با اطلاع مجمع دولت‌های عضو یا در صورتی که موضوع را شورای امنیت در مقابل دیوان مطرح کرده باشد، به اطلاع این شورا برساند» خالی از اشکال نمی‌باشد زیرا در موارد ارجاع وضعیتی از سوی شورای امنیت، تمامی دولت‌ها و اعضای ملل متحد ملزم به همکاری با دیوان بر اساس قطعنامه شورای امنیت بوده و اصولاً نیازی به وجود موافقتنامه‌ای میان دیوان و دولت غیر عضو نمی‌باشد. علاوه بر موارد همکاری ذکر شده در ماده ۸۶ اساسنامه، دیوان می‌تواند با استقرار یک رژیم همکاری ad hoc به نیازهای همکاری خود پاسخ دهد. تعهد به همکاری ذکر شده در اساسنامه دیوان و نیز تعهدات منبث از مقررات عرفی و تعهدات فراگیر بین‌المللی دولت‌ها بوده و مسئولیت ناشی از عدم ایفای این تعهدات متوجه دولت‌ها می‌باشد. به همین دلیلی نمی‌توان با استناد به اصل مسئولیت کیفری فردی در حقوق بین‌الملل کیفری، نقض تعهد همکاری دولت‌ها با دیوان را عامل مسئولیت‌آوری برای افراد در نظر گرفت. انحصار تعهد به همکاری بر عهده دولت‌ها در اساسنامه دیوان نیز رعایت شده است و در هیچ یک از مواد اساسنامه، تعهدی از این حیث بر عهده مقامات

ساز و کار ارتباط دادستانی دیوان کیفری بین‌المللی (ICC) با کشورها در جمع‌آوری دلایل ◇ ۱۵۳

دولتی به صورت فردی بیان نگردیده است. ماده ۸۶ اساسنامه دیوان مبنی بر تعهد عمومی برای همکاری صرفاً يك ماده سمبوليك و فاقد ویژگی اجرایی نمی‌باشد بلکه بر اساس اصل تفسیر مؤثر در تفسیر معاهدات لازم است به این ماده يك اثر متداول قائل شد، (prosecutor v. blaskic, ۱۹۹۷). به همین دلیل نیز مذاکرات نهایی مربوط به تدوین اساسنامه نهایتاً منجر به این گردید که برخلاف پیش نویس اساسنامه، تعهد عمومی برای همکاری شامل اجرای احکام نگردیده و موضوع اجرای احکام در فصل دهم به صورت مجزا ذکر شود. (UN.DOC. A/CONF.۱۸۳/۲/ADD.۱, ۱۹۹۸). در خصوص مراحل مقدماتی و تحقیقات دادستان دیوان، ماده ۸۶ بر تعهد دولت‌ها به همکاری با دیوان در انجام تحقیق و تعقیب جرایمی که در صلاحیت دیوان می‌باشد، تصریح دارد. با توجه به تعهد عمومی مندرج در ماده ۸۶، عبارت تحقیق موجود در این ماده شامل تحقیقات مقدماتی مذکور در بند ۲ ماده ۱۵ اساسنامه و قاعده ۱۰۴ آیین دادرسی دیوان در خصوص تعیین این مطلب که آیا مبنای منطقی برای انجام تحقیق وجود دارد یا خیر نیز می‌گردد. در مورد مسأله تحقیق، شمول این موضوع به هر دو مسأله تحقیق يك وضعیت و تحقیق يك پرونده می‌باشد (ICC, ۲۰۰۶). بدین ترتیب دولت‌ها هم در مواردی که دادستان دیوان، خود بر اساس بند C ماده ۱۳ اساسنامه راساً به تحقیق در مورد يك پرونده اقدام نموده و هم در موارد A, C ماده مذکور (ارجاع وضعیتی از سوی يك دولت عضو یا ارجاع وضعیتی از سوی شورای امنیت) دارای تعهد به همکاری با دیوان می‌باشند. موضوع قابل ذکر دیگر در رابطه با شرطی است که ماده ۸۶ در تعهد به همکاری دولت‌ها با دیوان ذکر نموده است. ماده مزبور با ذکر عبارت «در صلاحیت دیوان» روشن می‌سازد که تعهد دولت‌های عضو در همکاری، صرفاً در محدوده موضوعات تحت صلاحیت دیوان می‌باشد (ICC, Statute, Art. ۸۶). اساسنامه دیوان در فصل نهم با عنوان همکاری بین‌المللی و معاضدت قضایی تعهد عامی را مبنی بر همکاری با دیوان بر عهده دولت‌های عضو نهاده است و از دولت‌های عضو خواسته است کمال همکاری را با دیوان به عمل آورند.

نتیجه‌گیری

نظارت قضائی بر تشخیص دادستان دیوان، هرچند ممکن است به استحکام و اتقان رسیدگی‌های بین‌المللی بینجامد، و اهمیت محاکمات بین‌المللی نیز بررسی دقیق آنها را اقتضاء می‌نماید، لکن ممکن است موجبات اطاله دادرسی را نیز فراهم نماید. اطاله دادرسی در سطح بین‌المللی می‌تواند به تهدید صلح و امنیت بین‌المللی منجر شود. از این رو، در رسیدگی‌های بین‌المللی، باید سعی شود که نظارت و کنترل در کوتاهترین زمان ممکن صورت گیرد تا فرصت ارتکاب جرایم بیشتر را از مجرمان بین‌المللی سلب نماید. یکی از علل موفقیت نهادهای تعقیب در دیوان‌های کیفری بین‌المللی موقت، عدم لزوم جلب نظر یک نهاد قضائی برای شروع به تحقیق و تعقیب در مورد یک وضعیت خاص بوده است. زیرا، بر اساس اساسنامه دیوان‌های موقت، دادستان دیوان برای شروع به تحقیق و تعقیب اختیارات وسیعی دارد و در عملکرد خود کاملاً مستقل است. پیش‌بینی نظارت قضائی بر تشخیص دادستان برای شروع به تحقیق و تعقیب نباید موجبات ناکارآمدی دیوان را فراهم نماید. به طوری که جامعه بین‌المللی از اجرای عدالت کیفری در خصوص بزهکاران بین‌المللی مایوس و ناامید گردد. در رابطه با فرایند تعقیب در دیوان کیفری بین‌المللی، که ترکیبی از عناصر دادرسی ترافعی و تفتیشی نظام‌های ملی (کامن‌لا و حقوق نوشته) است، این سیاست تعقیب جرم (الزامی بودن تعقیب) در راستای هدف دیوان مبنی بر مبارزه با بی‌کیفرمانی است و عدم تعقیب و بکارگیری سازکارهایی نظیر عفو امری استثنائی دانسته می‌شود. البته این وضع به معنای الزامی بودن تعقیب در دیوان نیست. در واقع، در پاسخ به پرسش تحقیق باید گفت به لحاظ گستره وسیع صلاحیت، محدودیت ظرفیت و منابع و نیز موانع پرشمار برای تعقیب همه جرایم، رویکرد دیوان نسبت به قاعده اقتضاء تعقیب در مقایسه با نظام‌های ملی گسترده‌تر و قاعده‌مندتر است. این رویکرد با تعیین و ارزیابی اصول و معیارهای انتخاب و اولویت‌بخشی پرونده‌ها در پی شناسایی و تثبیت تدابیر، مصالح، معیارها و قواعدی در مدیریت مؤثر تخصیص منابع محدود دیوان به

پرونده‌های موجود است. البته گزینش مهم‌ترین پرونده‌ها بر اساس اصل مقتضی بودن تعقیب، بر خلاف نظام‌های ملی، تنها در اختیار دادستان نیست، بلکه وظیفه مشترک دادستان و شعبه مقدماتی است. بایگانی کردن پرونده، تعویق تحقیق و تعقیب و معامله (پذیرش) اتهام از بارزترین نمودهای اصل اقتضاء تعقیب در دیوان هستند. شورای امنیت در جهت حفظ صلح و امنیت جهانی، اختیار تعویق تحقیق و تعقیب یک وضعیتی را دارد؛ این اختیار مطابق با قاعده اقتضاء تعقیب به دنبال راهکاری است که منافع صلح و امنیت بین‌المللی را بر منافع اجرای عدالت کیفری ترجیح دهد. دادستان دیوان در عملکرد خویش مستقل است، ولی تقریباً تمامی تصمیمات وی برای آغاز تحقیق و تعقیب یا توقف آن، حتی احضار یا جلب متهم، تحت نظارت شعبه مقدماتی است. همچنین، صدور کیفرخواست از سوی وی موکول به تأیید دلایل و اتهامات در یک رسیدگی کاملاً توافقی از سوی شعبه مقدماتی است.

مبانی حقوقی تعهدات دولت‌ها در همکاری با محاکم کیفری بین‌المللی به دو عامل منشاء حقوقی تشکیل محاکم و رابطه حقوقی دولت‌ها با محاکم بستگی دارد. در صورتی که مبنا حقوقی تشکیل محاکم کیفری بین‌المللی، منبعث از قدرت الزام آور فراحاکمیتی باشد، در آن صورت کلیه دولت‌ها در برابر این محاکم دارای تعهد به همکاری بوده و متخلفین از این تعهد نیز در برابر همان قدرت فراحاکمیتی، دارای مسئولیت بین‌المللی می‌باشند. اساسنامه ICC به دلیل عدم بهره‌مندی از حمایت‌های قطعنامه‌های فصل هفت شورای امنیت، واجد رژیم همکاری افقی بوده و بر این اساس، تعهد همکاری با دیوان، منحصرًا معطوف به دولت‌های عضو و یا دولت‌های غیر عضوی که دارای موافقتنامه خاص همکاری با دیوان می‌باشند، بوده و تنها استثناء آن، موردی است که وضعیتی بر اساس بند b ماده ۱۳ اساسنامه، از سوی شورای امنیت به دیوان ارجاع شده و یا اینکه موضوع تعهد به همکاری، در ارتباط با يك قاعده حقوق بین‌الملل عام باشد که در این صورت، وضعیت تعهد همکاری دولت‌ها، شبیه رژیم همکاری در ICTY و ICTR می‌گردد. فصل ۹ اساسنامه دیوان حاوی مقررات مربوط به همکاری

بین‌المللی و معاضدت قضائی دولت‌ها با دیوان بوده و با ذکر مقررات عمومی همکاری دولت‌ها در قالب مواد ۸۶ و ۸۷ آغاز گردیده است. نحوه مهندسی مواد ۸۶ و ۸۷ اساسنامه به عنوان اولین مواد فصل ۹ با هدف تحت پوشش قرار دادن سایر مقررات مربوط به همکاری طراحی گردیده است. بدین ترتیب در مواردی که برخی از مقررات فصل ۹ نظیر مقررات مربوط به تعهد به مشورت و تعهد به توافق که به روشنی، طرف صلاحیت دار جهت اتخاذ تصمیم در مشورت‌ها یا توافقات را مشخص نمی‌نمایند، با استفاده از مقررات ماده ۸۶ و ۸۷، می‌توان طرف صلاحیت دار جهت اخذ تصمیم نهائی را تعیین نمود. دولت‌های غیر عضو به دلیل عدم عهده دار بودن تعهدات قراردادی ناشی از اساسنامه، دارای تعهدی الزام‌آور در قبال همکاری با دیوان نمی‌باشند ولی در عین حال این امکان وجود دارد که دیوان بر اساس بنده ۵ ماده ۸۷، با این دولت‌ها وارد موافقتنامه‌های خاصی جهت همکاری گردد که در این صورت، این دولت‌ها بر اساس تعهدات ناشی از موافقتنامه‌های خاص، واجد تعهد به همکاری با دیوان خواهند بود. در این مورد نیز در صورت ارجاع وضعیتی از سوی شورای امنیت به دیوان، تمامی دولت‌ها (اعم از عضو یا غیر عضو) مکلف به همکاری دیوان بوده و این تعهد به همکاری در حقیقت بر اساس قطعنامه فصل هفت شورای امنیت ایجاد می‌گردد.

منابع و مآخذ

۱. آقای جنت مکان، حسین، (۱۳۷۸)، نظارت قضایی بر تشخیص دادستان دیوان کیفری بین-المللی، مجله حقوق بین‌الملل، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، شماره ۳۹.
۲. بابایی، علی حسن؛ توحیدی، احمدرضا؛ قیوم زاده خرائقی، محمود، (۱۳۹۹)، اقتضاء تعقیب در دیوان کیفری بین‌المللی در نگاهی تطبیقی با نظام های ملی، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، دوره ۸، شماره ۳۱.
۳. حبیب زاده، محمد جعفر و دیگران، (۱۳۸۴)، قاعده منع محاکمه و مجازات مجدد در حقوق کیفری بین‌المللی، فصلنامه مدرس علوم انسانی، ویژه نامه حقوق.
۴. رمضانی، احمد؛ منصوری دهبید، عبدالرضا؛ عطاشنه، منصور، (۱۳۹۸)، نظارت قضایی بر تعقیب و تحقیق در دیوان کیفری بین‌المللی (ICC)، فصلنامه تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و حقوق بین‌الملل، شماره ۴۷.
۵. صابر، محمود، (۱۳۹۴)، آیین دادرسی دیوان کیفری بین‌المللی، تهران، نشر دادگستر، چاپ دوم.
۶. غلامی، حسین، (۱۳۸۸)، دیباچه مترجم بر زهر، هوارد، کتاب کوچک عدالت ترمیمی، انتشارات مجد، چاپ دوم.
۷. ممتاز، جمشید، رنجبریان، امیرحسین، (۱۳۸۷)، حقوق بین‌الملل بشردوستانه، مخاصمات مسلحانه داخلی، تهران، نشر میزان.

۸. موسوی فرد، وحید؛ نیکنام، محمدرضا، (۱۳۹۵)، رویه دولت‌ها در همکاری با دیوان کیفری بین‌المللی، سومین کنفرانس بین‌المللی پژوهش‌های نوین در مدیریت، اقتصاد و علوم انسانی، ۱۶ خرداد ۱۳۹۵، باتومی گرجستان.

۹. یوسفی، ایمان، (۱۳۹۵)، آیین دادرسی کیفری، تهران، نشر میزان، چاپ دوم، جلد اول.

۱۰. یوسفی، ایمان، یوسفی، سعید، (۱۴۰۱)، نظارت قضایی بر فرایند تأیید اتهامات؛ مدل‌های دادرسی ایرانی و دیوان کیفری بین‌المللی، مجله پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، دوره ۱۰، شماره ۱۹.

- Ashworth, Andrew. The criminal process. New York: Oxford university press, ۲۰۲۰.

- Cryer, Rubert. (۲۰۱۹). International criminal law and procedure. Cambridge: Cambridge University Press.

- ICC, Statute, ۱۹۹۸.

- ICC. (۲۰۰۶). Pre -Trial Chamber I, Decision on the applications for participation in the Proceedings of VPRS ۱, VPRS ۲, VPRS ۳, VPRS ۴, VPRS ۵ and VPRS ۶, ICC- ۰۱/۰۴, ۱۷.۱, para. ۶۵.

- Kostoris, Roberto E. Handbook of European Criminal Procedure. New York: Springer Publishing, ۲۰۱۸.

- Kuczyńska, Hanna. The Accusation Model Before the International Criminal Court. New York: Springer Publishing, ۲۰۱۵.

- Lippman, Matthew. Criminal Procedure. New York: Sage Publications, ۲۰۱۱.

- Luna, Erick. "The Models of criminal Procedur." Buffalo Criminal Law Review, ۱۰۴(۲۰۰۹): ۳۸۹-۵۳۵.

- Marty Delmas and Spenser J.R. European Criminal Procedures. Cambridge: Cambridge University Press, ۲۰۱۰.

- Prosecutor v. blaskic. (١٩٩٧). Case No.IT-٩٥-١٤-AR١٠٨ bis, Judgment the request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of ١٨ July ١٩٩٧, ٢٩ Oct. ١٩٩٧, Paras. ٤١ et seq.
- Stahn, Carsten and Nerlich, Volker. (٢٠٠٨). The International Criminal Court and Co-operation: Introductory Note, Leiden Journal of International Law, ٢١.
- Safferling, Christoph. Towards an International Criminal Procedure. Oxford: Oxford University Press, ٢٠٠٨.
- U.N. Doc. S/٢٥٧٠٤. (١٩٩٣). Report of the Secretary -General Pursuant to paragraph ٢ of Security Council Resolution ٨٠٨.
- United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, A/CoNF.١٨٣/٢/ADD.١, ١٩٩٨, p ١٨٠.